Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

von

D. Christian Friedrich von Glück
geheimen Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte an der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen, Ritter des Civil-Verdienst-Ordens der bayer. Krone.

Ein und dreyßigsten Theils erste Abtheilung.

Erlangen
in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.
1829.

Bayerische
Staatsbibliothek
MÜNCHEN

Bayerische Staatsbibliothek München

Fortsetzung des Titels

Quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possunt.

§. 1345.

Inwiefern erwirbt der Pupill oder Minderjährige, oder inwiefern wird er verbindlich, wenn der Vormund das Geschäft für seinen Pflegbefohlnen allein schloß.

Von dem Falle, da ein Pupill unter Auctorität seines Vormundes, oder ein Minderjähriger mit Einwilligung seines Curators ein rechtsverbindliches Geschäft geschlossen hat, ist jedoch hier die Rede nicht, sondern die Frage, welche hier zu erörtern ist, betrifft den Fall, wenn der Vormund für den Pupillen oder Minderjährigen, (denn Beyde werden hier in der Rubrik dieses Titels unter dem Ausdruck *minores* begriffen) das Geschäft allein geschlossen hat. Hier ist nun die Frage, inwiefern der minor daraus klagen, oder belangt werden könne? Gerhard Noodt[1]) meint, der Titel gehe blos auf den Fall, wenn diese Frage nach geendigter Vormundschaft zur Sprache kommt. Er erklärt die Worte *ex facto tutoris vel curatoris* in der Ueberschrift dieses Titels durch ex administratione tutorum vel curatorum,

1) Comment. ad Dig. h. t. Pr. (*Opp.* Tom. II. pag. 563.)

finita tutela, vel cura. Allein zu dieser einschränkenden Erklärung ist kein hinlänglicher Grund vorhanden. Der Pupill kann aus der verbindlichen Handlung seines Vormundes auch während der Tutel sowohl klagen als belangt werden, so gut, wie der Vormund selbst; nur mit dem Unterschiede, daß bey dem Vormunde die actio directa, bey dem Pupillen, so wie bey dem Minderjährigen, aber nur eine actio utilis Statt findet [2]). Es wird sich dieses in der Folge von selbst ergeben. Man ist darin vollkommen einverstanden, daß dieser Titel eine Ausnahme oder Modification jener bekannten Regel des strengen Civilrechts enthalte, vermöge welcher man durch die Handlung eines freien Stellvertreters kein Forderungsrecht erwerben könne, wenn dieser auch in unsern Angelegenheiten als Bevollmächtigter gehandelt hat [3]). Nach dieser Regel erwirbt zwar derjenige ein Klagerecht, der den Contract geschlossen hat [4]), in Ansehung desjenigen aber, auf dessen Namen contrahirt worden, hat das Geschäft gar keine rechtliche Wirkung [5]). Diese Regel galt aber auch im umgekehrten Verhältniß; man kann nämlich durch seine Handlung auch keinen Dritten verpflichten, mit dem man kein Geschäft geschlossen hat [6]). Hat daher der Vormund allein und

2) S. *Jo.* VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 3.

3) *L.* 11. *D. de obligat. et act.* *L.* 38. §. 17. *D. de Verb. obligat.* *L.* 73. §. *ult.* *D. de div. Reg. iur.* §. 19. *J. de inutil. stipulat.* S. Mühlenbruch's Lehre von der Cession der Forderungsrechte. §. 10.

4) *L.* 7. *C. Si quis alteri vel sibi sub alter. nom.* (IV. 50.)

5) *L.* 6. *Cod. eod. tit.* §. 5. *J. de inutilib. stipulat.*

6) §. 3. et 21. J. de inutilib. stipulat. *L.* 38. *pr.* *L.* 83. *D. de Verbor. obligat.* *L.* 65. *D. de fideiussor.*

ohne Zuziehung seines Pflegbefohlnen, in Angelegenheiten desselben, ein Geschäft geschlossen; so entsteht daraus nach der Strenge des Rechts nur zwischen ihm und dem andern Contrahenten ein unmittelbares Obligationsverhältniß [7]. Der Vormund kann also aus dem Geschäft klagen, und belangt werden. Seinem Pflegbefohlnen aber kann er dadurch keine obligatio erwerben, sondern der Vormund ist eigentlich allein als actives und passives Obligationssubject anzusehen, welcher also hier mit jedem Procurator völlig gleichsteht [8]. Nur der Vormund erhält also eine directe Klage aus dem geschlossenen Geschäft, er kann aber auch, während seiner Amtsführung, insoweit daraus belangt werden, als das von ihm administrirte Vermögen zureicht, den Kläger zu befriedigen [9], sofern er sich bey Schließung des Geschäfts innerhalb der Gränzen seiner Amtspflicht gehalten hat [10].

Das neuere Recht hat nun diese Strenge des ältern Civilrechts seit Divus Pius dadurch modificirt, daß es, der Billigkeit wegen, auch ohne Cession, eine actio utilis sowohl dem Pupillen selbst, als gegen denselben giebt. Dieß bestätigt die Stelle Ulpians in *L.* 5. §. 7. 8. *et* 9. *D. de pecun. constit.* welche aus desselben *libro XXVII. ad Edictum* genommen ist, und so lautet:

7) S. Mühlenbruch a. a. O. §. 12.

8) *L.* 8. §. 6. *et* 7. *D. de pecunia constit.* (XIII. 5.) S. von Löhr über die Röm. Begriffe von Tutel und Curatel. §. 9. S. 51 f. und S. 53. Not. 1. (im 3. Th. des Magazins und dessen 1. Heft.) und Mühlenbruch Doctrina Pand. Vol. II. §. 337.

9) *L.* 43. §. 1. *D. de admin. et peric. tutor. et curat.*

10) S. Mühlenbruchs Lehre von der Cession der Forderungsrechte. §. 14. S. 124. ff.

Item tutori pupilli constitui potest, et actori municipum, et curatori furiosi. — Sed et *ipsi constituentes tenebuntur.* — Si actori municipum, vel tutori pupilli, vel curatori furiosi vel adolescentis ita constituatur: *municipibus solvi*, vel *pupillo*, vel *furioso*, vel *adolescenti*, UTILITATIS GRATIA *puto dandam municipibus, vel pupillo, vel furioso, vel adolescenti* UTILEM ACTIONEM.

Hierher gehört noch eine andere Stelle, die *L.* 9. *pr. D. de administrat. et peric. tut.* welche aus desselben Ulpians *libro XXXVI. ad Edictum* genommen ist:

Quoties tutor pecuniam pupillarem foenori dat, stipulatio hoc ordine facienda est. Stipulari enim debet aut pupillus, aut servus pupilli. Quodsi neque pupillus eius aetatis erit, ut stipulari possit, neque servum habebit, *tunc ipse tutor, quive in eius potestate erit:* quo casu JULIANUS saepissime scripsit, UTILEM ACTIONEM *pupillo dandam.* Sed et si absens sit pupillus, oportere tutorem *suo nomine* stipulari, nequaquam ambigendum est.

Daß diese actio utilis dem Pupillen nicht durch den Vormund erworben werde, ist gewiß, weil ein Klagerecht durch eine Mittelsperson nur dann erworben heißen kann, wenn es für den Dritten sofort und unmittelbar aus des Erstern Geschäft entsteht [11]). Eine solche directe Erwerbung einer obligatio durch Andere ist aber nicht möglich, weil sich die obligatio ihrem Begriffe nach blos auf die handelnden Personen

11) S. Mühlenbruch's Cession der Forderungsrechte. §. 11. S. 87.

beschränkt. Der Vormund erwirbt also allein ein Klagerecht aus dem für dem Pupillen geschlossenen Geschäft, nicht der Pupill. In dieser Beziehung rescribiren die Kaiser Diocletian und Maximian *L. ult. Cod. h. t.*

Per tutorem pupillo actio, nisi certis ex causis, dari non potest.

Noch deutlicher aber unterscheidet Ulpian *libro LXXIX. ad Edictum*, woraus die *L. 4. pr. D. Rem pupilli vel adolescentis salvam fore* (XLVI. 6.) genommen ist, die erworbene Klage von der *actio utilis*, oder der blos abgeleiteten Klage, wenn er daselbst sagt:

Non quasi IPSO IURE pupillo adquirat, (*neque enim acquirit*) sed ut UTILIS *actio ex stipulatu pupillo detur.*

§. 1345. a.

Rescript des Divus Pius und dessen Erweiterung. Erläuterung der *L. 2. pr. D. de administr. tutor.*

Nach dem Rescript des Divus Pius, dessen Ulpian in der *L. 2. pr. D. de admin. et peric. tutor.* gedenkt, sollte eigentlich dem Tutor, um die directe Klage von sich zu entfernen, nur in dem Falle geholfen werden, wenn er aus nothwendiger Amtspflicht für den Pupillen allein gehandelt hat, weil die Zuziehung desselben wegen der Kindheit seines Mündels, oder wegen der Abwesenheit desselben nicht möglich war [12]. Bey der actio

12) Man sehe hier vorzüglich *Jo.* ALTAMIRANI *et* VELAZQUEZ Commentar. in libr. XIII. Quaestion. *Scaevolae.* Tract. XIII. ad *L. 7. D. Quando ex facto tutor.* (in *Thes. Meerman.* Tom. II. pag. 523. sq.)

iudicati sagt dieses wenigstens Ulpian in der angeführten Stelle ziemlich deutlich, wenn es daselbst heißt:

Sive tutor condemnavit [13]), sive ipse condemnatus est, pupillo et in pupillum potius actio iudicati datur, et maxime *si non se liti obtulit*, sed *quum non posset vel propter absentiam pupilli, vel propter infantiam auctor ei esse ad accipiendum iudicium.* Et hoc etiam Divus Pius rescripsit.

Hierauf scheint auch hinzudeuten, was Scävola *libro XIII. Quaestionum*, oder in der daraus genommenen *L.* 7. *D. h. t.* sagt:

Tutori, qui *infantem* defendit, succurritur, ut *in pupillum* IUDICATI *actio detur.*

Denn Pius hielt es für unbillig, die Execution in die Güter des Vormundes zu vollstrecken, der nicht freywillig, sondern aus rechtlicher Nothwendigkeit seiner Amtspflicht, die er nicht von sich ablehnen konnte, den Proceß übernehmen mußte.

Anders, wenn der Pupill schon über sieben Jahre alt, und gegenwärtig war. Hier konnte der Tutor seinen Pupillen selbst den Proceß übernehmen lassen, und der Vormund hatte seiner Pflicht ein Genüge gethan, wenn er seine Auctorität dazu ertheilte [14]). Dann hatte die actio iudicati nicht gegen den Tutor, sondern gegen den Pupillen Statt. Uebernahm nun dennoch der Vormund

13) *Condemnare* heißt hier soviel, als condemnationen adversus aliquem obtinere, die Verurtheilung seines Gegners erstreiten, den Prozeß gewinnen. S. Brissonius h. voc. nr. 4.

14) *L.* 1. §. 2. *D. de administr. et peric. tut.*

den Proceß allein ohne Zuziehung des Mündels; so konnte man wohl von ihm sagen, quod liti se obtulerit. Es wäre ihm also auch kein Unrecht geschehen, wenn er sich der actio iudicati, die er hätte abwenden können, hätte unterwerfen müssen; so wie der Procurator, si obtulit se, cum sciret cautum non esse, wie Paulus *libro I. ad Plautium* [15]) sagt, die actio iudicati auf sich ladet, welche er durch die exceptio doli hätte entfernen können [16]). Ueberdem sprach auch von dem Falle das Rescript des Divus Pius nicht, was sollte also nun dem Tutor zu statten kommen? Vielleicht war auch selbst Scävola dieser Meinung, weil er bey der actio iudicati gegen den Pupillen gerade nur des Falles gedenkt, wenn der Pupill noch infans ist. Indessen hatte doch der Vormund vor einem Procurator, der den Proceß übernahm, ob er wohl wußte, daß sein Principal keine Caution geleistet hatte, das zum Voraus, daß er immer noch, wenn er auch den Pupillen allein vertrat, den er hätte hinzuziehen können, als Vormund seinem Amte gemäß handelte, weil es ihm ja überlassen war, ob er allein handeln, oder den Pupillen unter seiner Auctorität selbst handeln lassen wollte [17]). Es wäre also der Billigkeit offenbar zuwider gewesen, wenn dem Vormunde das, was er von Amts wegen that, hätte zum Nachtheil gereichen sollen [18]). Die Billigkeit schloß also wenigstens diesen Fall nicht aus.

15) *L.* 61. *D. de procurator.* vergl. mit *L.* 10. *D. iudicat. solvi.*

16) *L.* 27. *et* 28. *D. de procurat.* S. Mühlenbruch's Lehre von der Cession der Forderungsrechte. §. 7. Not. 80. S. 47.

17) *L.* 1. §. 2. *D. de admin. tut.*

18) *L.* 29. *D. Ex quib. caus. maior.*

Daher wurde denn auch in vielen neueren Rescripten die actio utilis ohne Unterschied gegen den Pupillen gestattet, der Vormund habe den Pupillen hinzuziehen können oder nicht. Dieß ist es, was Ulpian in folgenden Worten sagt:

Et exinde *multis rescriptis* declaratum est, in pupillum dandam actionem iudicati semper, tutore condemnato, nisi abstineatur: tunc enim nec in tutorem, nec in pupillum dari, nec pignora tutoris capienda esse, saepe rescriptum est.

Nun kann man in keinem Falle mehr sagen, tutorem se liti obtulisse, und der Unterschied zwischen ihm, und einem Procurator wird in den Gesetzen deutlich angegeben [19]). Merkwürdig ist in dieser Hinsicht eine Stelle Ulpians aus desselben *Libro LVIII. ad Edictum.* Es ist *L. 4. pr. et §. 1. D. de re iudicata.*

Si se non obtulit procurator, *iudicati actio* in eum denegabitur, et in dominum dabitur: si se obtulit, in ipsum dabitur.

Tutor quoque vel curator in ea conditione sunt, *ut non debeant videri se liti obtulisse*, idcircoque debet denegari in eos *iudicati actio*.

Der Vormund muß nur keinen offenbar ungerechten Proceß geführt haben, denn hier kann er die actio iudicati nicht von sich abwenden [20]), und er muß auch alle Proceßkosten tragen [21]).

19) S. *Hug.* Donellus Comm. de iure civ. Lib. XXVII. ad L. *Si se non obtulit.* 4. D. de re iudicata. p. 1386. (edit. *Francof.* 1626. f.)

20) *L.* 6. *C. de administr. tutor.* (V. 37.)

21) *L.* 78. §. 2. *D. de legat. II.* (XXXI.)

Die Billigkeit erheischte aber auch, daß wenn eine actio utilis gegen den Pupillen Statt finden sollte, ihm auch selbst die actio iudicati gegeben werde, wenn der Vormund den Proceß gewonnen hat. Ulpian stellt daher in der oben angeführten Stelle den allgemeinen Satz auf:

Sive tutor condemnavit, sive ipse condemnatus est, *pupillo* et in pupillum potius *actio iudicati* datur.

Papinian dehnt dieses *libro secundo Definitionum*, woraus die *L.* 6. *D. h. t.* genommen ist, sogar auf den Fall aus, wenn der Vormund den Proceß nicht selbst geführt, sondern einen Actor dazu bestellt hatte. Er sagt:

Tutor interposito decreto Praetoris, *actorem* reliquit: secundum eum sententia dicta, *iudicati transfertur ad pupillum actio* non minus, quam si tutor obtinuisset [22].

§. 1345. b.

Fälle, wo die actio utilis dem Pupillen zusteht, und wider denselben Statt findet.

Das Nämliche findet nun auch in allen übrigen Fällen Statt, wo der Vormund in Angelegenheiten des Pupillen mit einem Dritten ein Geschäft geschlossen hat, er mag in seinem oder in des Pupillen Namen contrahirt haben [*]. Wenn also der Vormund Gelder seines Mündels verzinslich ausgeliehen, oder Grundstücke desselben ver-

22) Man vergleiche über diese Stelle Cujacii Commentar. in Lib. II. Definition. Papiniani. ad h. L. (*Opp. postum. a* Fabroto *editor.* Tom. I. pag. 654.)

*) S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 1.

pachtet hat *); so wird dem Pupillen eine actio utilis gegeben.

L. 2. *D. h. t.* ULPIANUS *libro I. Opinionum.* Si tutor vel curator pecunia eius, cuius negotia administrat, mutua data, ipse stipulatus fuerit, vel praedia in nomen suum emerit, *utilis actio* ei, cuius pecunia fuit, datur ad rem vindicandam, vel mutuam pecuniam exigendam.

L. 52. *pr. D. de. peculio* (XV. 1.) PAULUS *Libro IV. Quaestionum.* — Plane si ex re pupilli nomina fecit, — datur ei — adversus debitores *utilis actio*, scilicet si nummos consumserunt: — quod et *in quovis tutore* dicendum est.

L. 2. *Cod. h. t.* (V. 39.) Imp. ALEXANDER A. Sorarcho. Etsi tutores tui, cum pecuniam pupillarem crederent, ipsi stipulati sunt, *utilis actio* tibi dabitur.

Eben so kann auch der Pupill actione utili belangt werden, wenn der Vormund für den Pupillen Geld erborgt, und solches zum Nutzen desselben verwendet hat.

L. 3. *C. h t.* Imp. GORDIANUS A. *Prudentiano.* Si in rem minoris pecunia profecta sit, quae curatori, vel tutori eius nomine minoris mutuo data est: *merito personalis in eundem minorem actio danda est*

L. 2. *D. Quod iussu.* PAULUS *libro* XXX. *ad Edictum.* Si tutoris iussu servo pupilli creditum sit, puto, si ex utilitate pupilli fuerit creditum, *in pupillum esse dandam actionem, quod iussit tutor.*

*) *L.* 4. *C. h. t.*

Nicht minder findet eine actio utilis gegen den Pupillen Statt, wenn der Vormund für ihn Caution geleistet, oder Sachen desselben verkauft hat, und diese entwährt worden sind.

L. ult. D. h. t. SCAEVOLA *libro V. Responsorum.* Tutor, qui et coheres pupillo erat, cum conveniretur fideicommissi nomine, *in solidum ipse cavit.* Quaesitum est, an in adultum pupillum *pro parte* danda sit *utilis actio?* Respondit: *dandam.*

L. 18. §. 2. *D. Ut legatorum causa caveat.* (XXXVI. 3.) SCAEVOLA *libro XXIX. Digestorum.* Tutor, qui et coheres pupilli erat, absente pupillo, quum admonerent eum legatarii fideicommissi nomine, *in solidum ipse cavit.* Quaesitum est, an in pupillum adultum factum danda sit *utilis actio?* Respondit: *dandam.*

L. 4. §. 1. *D. de evictionib.* (XXI. 2.) ULPIAN. *libro XXXII. ad Edictum.* Si impuberis nomine tutor vendiderit, evictione secuta, PAPINIANUS *libro tertio Responsorum* ait: dari in eum, cuius tutela gesta sit, *utilem actionem*, sed adiicit, in id demum, quod rationibus eius accepto latum sit. Sed an in totum, si tutor solvendo non sit? videamus. Quod magis puto: neque enim male contrahitur cum tutoribus.

§. 1345. c.

Actio utilis bey der Curatel.

Daß das Nämliche auch von Curatoren gelte, wenn sie für ihre Pflegbefohlne, es sey in deren Abwesenheit, oder Gegenwart, allein und ohne deren Zuziehung, ein

Geschäft geschlossen, oder einen Proceß geführt haben, erhellet theils schon aus den angeführten Gesetzstellen, theils noch insonderheit aus *L.* 4. *C. h. t.* wo die Kaiser Diocletian und Maximian an die Maximiana folgendermassen rescribirt haben:

Si hi, qui, te in pupillari aetate constituta, tutores fuerint, postea in administratione perseverantes, vel curatores constituti, tua praedia locaverunt, eos competenter conveni. *Sed et ex eorum contractu utilis tibi quaeri potuit contra successores conductoris actio.*

§. 1345. d.

Abstinenz des Mündels von der Erbschaft hebt die actio utilis auf. Erläuterung der *L.* 89. *D. de acquir. vel omitt. hered.*

Wenn sich jedoch der Pflegbefohlne von der Erbschaft lossagt, oder dieselbe ausschlägt, in Rücksicht welcher der Vormund Verbindlichkeiten contrahirt hatte; so findet weder gegen den Vormund noch gegen den Pupillen eine Klage Statt. Es sagt dieses nicht nur Ulpian in der oben angeführten *L.* 2. *pr. D. de administr. et peric. tutor.* sondern auch Scävola *libro XIII. Quaestionum*, woraus die *L.* 89. *D. de acquir. vel omitt. hereditate* genommen ist. Hier heißt es:

Si pupillus se hereditate abstineat, succurrendum est *et fideiussoribus ab eo datis*, si ex hereditario contractu convenirentur.

Hier ist zwar von einem solchen Falle die Rede, wo nicht der Vormund, sondern der Pupill selbst, wegen eines die Erbschaft angehenden Contracts, Caution durch Bürgen bestellt, und nachher sich von der Erbschaft losge-

sagt hatte. Es soll aber doch sogar auch hier den Bürgen die Lossagung des Pupillen von der Erbschaft zu statten kommen, wenn sie aus dem erbschaftlichen Contract belangt werden, obgleich sonst die Restitution der Unmündigen sich auf die Bürgen derselben nicht erstreckt [23]). Denn ein Unmündiger kann, ohne einer Restitution benöthiget zu seyn, abstiniren, wenn er sich auch immiscirt hatte [24]). Hätte aber auch ein Minderjähriger nach erhaltener Restitution abstinirt; so werden doch auch hier die Bürgen befreit, weil er durch die erhaltene Restitution aufgehört hat Erbe zu seyn, in welcher Eigenschaft nur die Bürgen für ihn fidejubirt hatten [25]). So wie er sich daher selbst gegen die Klage der Gläubiger mit der exceptio doli mali schützen kann [26]); so kommt diese auch den Bürgen desselben zu statten [27]).

Daß sich aber noch vielmehr der Vormund, wenn er selbst die Caution bestellt hatte, in dem Falle mit einer Einrede schützen könne, da der Pupill abstinirt hat, sagt Ulpian in der oben angeführten Stelle, *L. 2. pr. D. de administr. tutor.* ausdrücklich, wo es am Ende heißt:

Nisi *abstineatur*, tunc enim nec in tutorem, nec in pupillum dari, nec pignora tutoris capienda esse, saepe rescriptum est.

Wahrscheinlich hatte auch wohl Scävola den in der oben ebenfalls angeführten *L. 7. D. h. t.* aufgestellten

23) *L.* 25. *D. de fideiuss.*

24) *L.* 11. *L.* 57. *D. de acquir. vel omitt. hered.*

25) S. *Jos.* Averanius Interpretat. iuris. Lib. II. Cap. 8.

26) *L.* 2. §. 3. *L.* 7. *D. de doli mali except.*

27) *L.* 7. §. 1. *D. de except. L.* 15. *pr. D. de fideiussor.*

Satz in der *L.* 89. *D. de acquir. vel omitt. hereditate* auf diese Art limitirt, denn beyde Stelle sind aus desselben *Libro XIII. Quaestionum* genommen, und es ist, wie Johann Altamiranus[28]) bemerkt hat, sehr wahrscheinlich, daß die *L.* 89. ein Theil der *L.* 7. gewesen sey. Die actio iudicati soll hier, wie Scävola an einem andern Orte[29]) sagt, gegen diejenigen gegeben werden, an welche nach erfolgter Abstinenz die Erbschaft fällt. Daß auch die actio ex stipulatu nicht mehr, wegen der von dem Vormunde geleisteten Caution, gegen denselben Statt finde, wenn der Mündel abstinirt hat, sagt Papinian *libro secundo Quaestionum*[30]) ausdrücklich, wo es heißt:

Si tutor iudicio sisti promiserit, et stipulationi non obtemperaverit, et interea pupillus adoleverit, aut mortem obierit, *aut etiam abstentus sit hereditate:* denegabitur *ex stipulatu actio.* Nam et ipsius rei, quae petebatur, si tutor iudicatus fuerit, et eorum quid acciderit, *non esse dandam in eum actionem iudicati*, probatum est.

§. 1346.

Heutiges Recht. Rechtsmittel des Pflegbefohlnen gegen Verletzung. Schadet der dolus des Vormundes dem Pflegbefohlnen?

Nach der Milderung des neuern Rechts entsteht nun

28) Commentar. ad Libr. XIII. Quaestionum *Scaevolae* Tract. XIII. ad L. 89. D. de acquir. hered. (*Thes. Meerman.* Tom. II. pag. 524.)

29) *L.* 44. *D. de re iudic.* welche aus des Scaevolae *libro V. Responsorum* genommen ist. Man vergl. *Hug.* Donelli Commentar. de iure civ. Lib. XXVII. ad L. 44. D. de re iudic. pag. 1420. (edit. *Francof.*)

30) *L. ult. D. Si quis cautionib.* (II. 11.)

also aus jeder Art rechtsgültiger Geschäfte, welche der Vormund in Angelegenheiten seines Mündels geschlossen hat, vollkommenes Recht, und vollkommene Verpflichtung für den Mündel, obwohl die Klage, mit welcher Beydes geltend gemacht wird, nur eine actio utilis ist. Diese Klage wird zwar, als eine blos abgeleitete, oder nachgebildete Klage, von der actio directa, als der vom Vormunde unmittelbar erworbenen Klage, in den Gesetzen auf das genaueste unterschieden; in Ansehung ihrer Wirkung stehen aber doch beyde Klagen einander gleich, so daß gar nichts darauf ankommt, ob eine Klage eine utilis oder directa actio ist. Paulus sagt dieses *Libro I. Sententiarum* [31]) insonderheit bey der actio negotiorum gestorum: Nec refert, *directa* quis, an *utili actione* agat, vel conveniatur, — *maxime cum utraque actio eiusdem potestatis sit, eundemque habeat effectum.*

Da in Deutschland jener Grundsatz des Römischen Rechts, worauf dieser Unterschied beruht, nicht angenommen ist; so kommt nun vollends diese Subtilität nicht mehr in Betrachtung; sondern der Vormund kann jetzt geradezu für den Pflegbefohlnen sowohl Rechte erwerben, als für denselben Verbindlichkeiten eingehen, weil die Handlung des Vormundes in Geschäften seines Mündels für die Handlung des Mündels gehalten wird [32]). Es muß nur freylich die Handlung des Vormundes an sich nicht unerlaubt,

31) *L.* 47. §. 1. *D. de negot. gest.* S. Mühlenbruch Cession der Forderungsrechte. §. 15. S. 164. ff.

32) S. *Jo.* Schilter Prax. iur. Rom. Exerc. XXXVII. §. 131. Stryk Us. mod. Pandect. h. t. §. 1. et 2. Schweppe Röm. Privatrecht §. 766. und Webers Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. §. 1344 — 1347.

auch wegen Mangels der rechtlichen Erfordernisse, von denen die Wirksamkeit des geschlossenen Geschäfts abhängt, nicht ungültig seyn. Ist sie jedoch für den Pflegbefohlnen nachtheilig; so kommt ihm dagegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu statten.

Hat der Vormund durch eine widerrechtliche Handlung, durch Dolus oder Culpa, einem Dritten geschadet, so kann eine solche Handlung des Vormundes seinem Pflegbefohlnen weder zum Vortheil noch zum Nachtheil gereichen. Vom dolus sagt dieses Papinian *libro XX. Quaestionum* ausdrücklich. Es heißt in der daraus genommenen *L. 3. D. h. t.*

Dolus tutorum puero (pupillo) neque nocere neque prodesse debet.

Von der culpa tutoris muß das Nämliche gelten. Anderer Meinung ist zwar Dabelow[33]). Was der Vormund bey seiner Amtsführung versehen hat, sagt er, dafür soll der Pupill durchgehends verantwortlich seyn, und gegen ihn ohne Unterschied geklagt werden können. Er könne sich durch das tutelae iudicium gegen den Vormund schadlos handeln. Allein dieser Meinung widerspricht Pomponius *libro vicesimo ad Sabinum.* Dieser macht in der daraus genommenen *L. 1. h. t.* zwischen dolus malus und culpa tutoris keinen Unterschied. Er sagt:

Ob *dolum malum* vel *culpam tutoris*, ARISTO ait, pupillum possessorem condemnandum. Sed non puto, quanti actor in litem iurarit: et tamen illud ita est, *si rem a tutore pupillus servare possit.*

33) Handbuch des Pandectenrechts. 3. Th. §. 292. S. 527. f.

Der Sinn dieser Stelle wird sich nachher ergeben. Hier bemerke ich nur vorläufig, daß es nicht nothwendig sey, mit Noodt[34]) gerade eine culpa lata anzunehmen, denn daß hier des iurisiurandi in litem gedacht wird, kann ja auch wegen des Dolus geschehen seyn. Es kann also jede vom Tutor begangene Culpa gemeint seyn, wie auch Dabelow[35]) ganz richtig bemerkt hat. Man muß sich nur einen solchen Fall denken, wo durch den Dolus oder culpa des Vormundes die Sache eines Dritten beschädiget worden ist, welche der Pupill besaß, und die der Dritte vindicirte[36]). Hier kann der Dolus des Vormundes seinem Mündel nicht dergestalt schaden, daß der Kläger gegen den Pupillen zum iusiurandum in litem gelassen werden könnte; sondern der Mündel könnte nur höchstens zum Ersatz des Werthes, (quanti res est) in dem Falle verurtheilt werden, da er das Seinige vom Tutor wieder erhalten kann. In einem solchen Falle aber, wo der Pupill gegen den Vormund auch mit Wirkung den Regreß nehmen könnte, kann er sich, wie nachher sich zeigen wird, durch Abtretung seiner Klage wider den Vormund, von den Entschädigungs-Ansprüchen des Dritten befreyen. Dieß sagt auch Pomponius selbst an einem andern Orte *libro XX. Epistolarum*[37]).

Apud *Aristonem* ita scriptum est: quod *culpa tutoris* pupillus ex hereditate desiit possidere, eius

34) Commentar. ad Dig. h. t. §. *Alio*. (*Opp*. Tom. II. pag. 564.)

35) Im angef. Handbuche a. a. O. S. 528. f.

36) S. Pothier Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. VIII. Not. b. et c. pag. 121.

37) *L. ult. D. de admin. et peric. tutor. vel curat.*

aestimatio in petitione hereditatis sine ulla dubitatione fieri debebit, ita, si pupillo de hereditate cautum sit: cautum autem esse videtur, etiam *si tutor erit idoneus, a quo servari possit id, quod pupillus ex litis aestimatione subierit.* Sed *si tutor solvendo non est*, videndum erit, utrum calamitas pupilli, an detrimentum petitoris esse debeat: *perindeque haberi debet*[38]), *ac si res fortuito casu interiisset?* similiter atque[39]) ipse pupillus expers culpae quid ex hereditate deminuisset, corrupisset, perdidisset. De possessore quoque furioso quaeri potest, si quid, ne in rerum natura esset, per furorem eius accidisset: tu quid putas? Pomponius: puto eum vere[40]) dicere. Sed quare cunctatus es[41]), *si solvendo non sit tutor*, cuius damnum esse debeat? quum alioquin elegantius dici possit[42]), *actiones duntaxat, quas haberet cum tutore pupillus, petitori hereditatis*[43])

38) Haloander liest hier *debeat.* Da aber debeat schon vorher steht; so streicht es *Elb.* Leoninus Emendation. Lib. VII. c. 18. nr. 7. weg.

39) Hier ist das si zu ergänzen, und atque *si* zu lesen.

40) Haloander liest hier verum. Eben so *Lud.* Miraeus. Diese Lesart halten Leoninus c. l. cap. 19. und *Ant.* Schulting in Notis ad Dig. s. Pandect. Tom. IV. ad h. L. pag. 443. für richtiger.

41) Id est, quare dubitabundus interrogasti?

42) So Haloander, Merlinus, Baudoza, Hugo a Porta, und Beck, und diese Lesart billigt auch Leoninus c. l. sie verdient auch vor der Florentinischen: *dicere poterit*, den Vorzug.

43) Haloander, Merlinus, Miräus und Hugo a Porta lesen *venditori* hereditatis. Allein die Lesart

praestandas esse, sicuti heres vel bonorum possessor, si nihil culpa eius factum sit, (veluti si fundo hereditario vi deiectus sit, aut servus hereditarius vulneratus ab aliquo sit sine culpa possessoris) nihil amplius, quam actiones, quas eo nomine habet, praestare debeat. Idem dicendum est, et si per curatorem furiosi *culpa vel dolo* quid amissum fuerit, quemadmodum si quid stipulatus tutor vel curator fuisset, aut vendidisset rem hereditariam.

Der Vormund mag also durch Dolus oder Culpa einem Dritten geschadet haben, so darf dieß

1) dem Pflegbefohlnen zu keinem Nutzen gereichen. Ist er also dadurch bereichert, so kann gegen ihn geklagt werden, daß er herausgebe, was er aus der unerlaubten Handlung des Vormundes in Händen hat, und wodurch er sich auf eine unbillige Art mit dem Schaden des Andern bereichern würde, wenn er es nicht zurückgäbe. Klagt hingegen der Pupill aus einem solchen Geschäft des Vormundes, so kann ihm die exceptio doli mali entgegengesetzt werden. Hierher gehört die Stelle Ulpians *libro XI. ad Edictum*, woraus die *L.* 15. *pr. D. de dolo malo* genommen ist.

Sed et ex dolo tutoris si factus est locupletior, puto in eum dandam actionem, sicut exceptio datur.

Es ist hier von der actio und exceptio doli mali die Rede, und der Ausspruch Ulpians beruhet auf

petitori hereditatis, welche Taurellius, Baudoza, Robert Stephanus und Beck haben, ist unstreitig richtiger, welcher auch *Ant.* Schulting c. l. den Vorzug giebt.

einer Rechtsregel, welche er gerade da anwendet, wo er von der Verwaltung der Vormünder handelt [44]. Es ist die Regel: *Alterius circumventio alii non praebet actionem*, welche wir aus Ulpians *libro XXXV. ad Edictum* [45] in der *L.* 49. *D. de div. Regulis iuris* lesen. Von der exceptio doli ex facto tutoris, die dem Pupillen entgegengesetzt werden kann, handelt Ulpian noch insonderheit *Libro LXXVI. ad Edictum.* Die hierher gehörige merkwürdige Stelle ist *L.* 4. §. 23. *D. de doli mali et met. except.* welche so lautet:

Illa etiam quaestio ventilata est apud plerosque, *an de dolo tutoris exceptio pupillo experienti nocere debeat?* Et ego puto utilius, etsi per eas personas pupillis favetur, tamen dicendum esse, sive quis emerit a tutore rem pupilli, sive contractum sit cum eo in rem pupilli, *si dolo quid tutor fecerit, et ex eo pupillus locupletior factus est, pupillo nocere debere* [46]: nec illud esse distinguendum, cautum sit ei, an non, *solvendo sit, an non tutor*, dummodo rem administret: unde enim divinet is, qui cum tutore contrahit? Plane si mihi proponas, collusisse aliquem cum tutore, factum suum ei nocebit.

Die unerlaubte Handlung des Vormundes darf aber auch

44) S. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *Potest.* (*Opp.* Tom. II. pag. 564.) besonders *Pet.* Fabri Commentar. in Tit. D. de. div. reg. iuris ad L. 49. h. t. pag. 142.

45) Daß Ulpian *libro XXXV. ad Edictum* von der Verwaltung der Vormünder gehandelt habe, erhellet aus *L.* 1. 3. 5. *et* 7. *D. de admin. tut.* welche alle aus demselben Buche genommen sind.

46) *Nocere debere*, i. e. non prodesse debere.

2) dem Pflegbefohlnen zu keinem Nachtheil gereichen. Man sollte zwar denken, eine Klage gegen den Pupillen müsse auch selbst aus dem dolus tutoris immer Statt finden, der Vormund möge solvent seyn, oder nicht. Dieß scheine der eigene Nutzen der Pupillen zu erfordern, weil sich sonst Niemand mit einem Vormunde in ein Geschäft einlassen würde, wenn nicht der Pflegbefohlne dafür haften müßte. So sagt selbst Paulus *libro VIII. ad Edictum* [47]). Inutile est pupillis, si administratio eorum non servetur, nemine scilicet emente [48]). Und hierauf bezieht sich auch wohl, was Ulpian *libro XXXII. ad Edictum* [49]) sagt, neque enim male contrahitur cum tutoribus. Hierzu kommt, daß ja dem Pupillen auch immer eine Klage gegen den Vormund zu Gebote steht, wodurch er seine Entschädigung erhalten kann. Demohngeachtet schien es doch die besondere Begünstigung des Pupillen-Alters zu erheischen, daß man Minderjährige nicht in Proceße verwickeln lasse [50]), und um so mehr gegen Klagen aus unerlaubten Handlungen ihrer Vormünder, wenn sie auch solvent sind, zu schützen suche, weil es, wie Pomponius *libro XXV. ad Sabinum* [51]) sagt, besser ist, non solvere, quam solutum repetere, und nach dem Ausspruch des Paulus

47) *L.* 12. §. 1. *D. de admin. tut. et curat.*

48) *Emente* i. e. emere cupiente, volente. S. *Guil. Ott.* Reitzii Annotation. sporad. Cap. IX. (in *Opuscul. iurid. ex Observation. miscellan. Batavis in unum volumen collect. a* Püttmanno (Halae 1782. 8.) p. 152.

49) *L.* 4. §. 1. *in fin. D. de evictione.* (XXI. 2.)

50) *L.* 6. *D. de minorib.* (IV. 4.)

51) *L* 3 *D. de compensat.* (XVI. 2.)

libro IV. ad Plautium [52]), Niemand deswegen verpflichtet wird, quia recepturus est ab alio, quod praestiterit. Vergleichen wir nun die Gesetze, welche die Frage, ob der dolus des Vormundes dem Pupillen zum Nachtheil gereiche? entscheiden, so werden darinnen folgende Fälle unterschieden.

a) Die unerlaubte Handlung des Vormundes steht mit der Verwaltung der Vormundschaft in gar keiner Verbindung. Ulpian drückt dieß in einer Stelle aus *libro LXIV. ad Edictum*, nämlich *L.* 4. *D. h. t.* so aus: Si *extrinsecus* [53]) aliquid tutor dolo admiserit. Hier wo der Vormund gar nicht als Vormund handelte, schadet der von demselben begangene dolus dem Pupillen nichts, d. h. es findet aus der unerlaubten Handlung des Vormundes gegen den Pupillen durchaus keine Klage Statt, der Vormund mag solvent seyn, oder nicht, sondern der Vormund ist allein in Anspruch zu nehmen. Ulpian sagt am angeführten Orte: dolus tutoris pupillo nihil nocere oportet. Als Beyspiele können dienen, 1) wenn der Vormund zum Schaden eines Dritten vi oder clam etwas unternommen hat. Hier sagt Ulpian *libro LXXI. ad Edictum* [54]): Quum placeat, quod Cassius probat, *ex dolo tutoris*

52) *L.* 171. *D. de div. Reg. iuris.*

53) Id est, extra rationes pupilli, wie Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *At quemadmodum* das Wort *extrinsecus* erklärt, oder extra legitimam gestionem seu administrationem rei pupillaris, wie *Jac.* Gothofredus in Commentar. in Tit. Pandectar. de div. Regulis iuris ad L. 198. h. t. §. *Et ipse* pag. 769. diesen Ausdruck versteht.

54) *L.* 11. §. 6. *D. Quod vi aut clam.* (XLIII. 24.)

vel curatoris pupillum vel furiosum non teneri, eveniet, ut *in ipsum tutorem curatoremque aut utilis actio competat*, *aut etiam utile interdictum.* 2) Wenn der Vormund einem richterlichen Befehl keine Folge geleistet hat. Hier sagt Ulpian *libro I. ad Edictum*[55]: Si procurator tuus, vel tutor, vel curator ius dicenti non obtemperaverit, *ipse punitur, non dominus vel pupillus.* 3) Wenn der Vormund das Testament, welches der Pupill hatte, und dessen Vorlegung von dem Gegner verlangt wurde, arglistig auf die Seite geschafft hat. Hier sagt Paulus *libro LXIX. ad Edictum*[56]; das Interdictum de tabulis exhibendis finde nicht gegen den Mündel, sondern gegen den Vormund Statt. Es heißt nämlich daselbst: Si sint tabulae apud pupillum, et dolo tutoris desierint esse, *in ipsum tutorem competit interdictum:* aequum enim est, ipsum ex delicto suo teneri, non pupillum. Gerade von diesem Interdicte handelte Javolenus in der hierher gehörigen wichtigen Stelle aus desselben *libro XIII. ex Cassio*[57]: wo er sagt:

Neque in interdicto, neque in ceteris causis pupillo nocere oportet dolum tutoris, sive solvendo est, sive non est.

Daß Javolen hier von dem Interdicto de tabulis exhibendis gehandelt habe, erhellet aus *L. ult. D. de tabulis exhibend.* welche aus eben dem *libro XIII. ex Cassio* genommen ist, wo es heißt:

55) *L. un. §. 2. D. Si quis ius dicenti non obtemp.* (II. 3.)

56) *L. 4. D. de tabulis exhibend.* (XLIII. 5.)

57) *L. 198. D. de divers. Regg. iur.*

De tabulis proferendis interdictum competere non oportet, si hereditatis controversia ex his pendet, aut si [58]) ad publicam quaestionem pertinent. Itaque in aede sacra [59]) interim deponendae sunt, aut apud virum idoneum.

Hier ist von dem Falle die Rede, da gegen die Aechtheit des Testaments, dessen Vorlegung verlangt wird, Zweifel entsteht. Dieser Punct muß vor allen Dingen erörtert werden, weil davon die Entscheidung der Erbstreitsache abhängt. So lang nun die Aechtheit des Testaments nicht ausser Zweifel gesetzt ist, findet das Interdict nicht statt, damit nicht erst Gelegenheit zur Verfälschung gegeben werde, sondern das Testament muß an einem sichern Orte, zum Behuf der Untersuchung der Aechtheit desselben, oder bey einem sichern Manne verwahrt werden.

Die caeterae causae, von denen Javolen spricht, als zu der Regel des Cassius gehörig, erklären sich aus den bereits angeführten Beyspielen, denen auch noch dieß beygefügt werden kann, wenn der Vormund wissentlich einen ungerechten Proceß anfängt. Nach einem Rescript des Kaisers Alexander [60]) muß hier der Vormund, als

58) Für aut si publicam will Westphal im syst. Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente §. 36. dem Zusammenhange gemäßer, *ut* si publicam lesen.

59) Die Testamente pflegten die Römer zur Sicherheit gewöhnlich in Tempeln zu hinterlegen. *L.* 4. §. 3. *D. Famil. ercisc.* besonders geschahe dieses bey den Vestalinnen. S. *Henr. Jo.* Arntzenii Miscellaneor. libr. Cap. XIII. pag. 134. sq.

60) *L.* 6. *Cod. de administr. tutor.* (IV. 73.)

sachfälliger Theil, verurtheilt werden, und zwar mit Recht, ne sub praetextu nominis pupillorum propter suas simultates secure lites suas exercere posse existiment. Da die *L.* 4. *D. h. t.* aus Ulpians *libro LXIV. ad Edictum* genommen ist, wo dieser Jurist das Edict des Prätors de bonis auctoritate iudicis possidendis erklärt, wie aus *L.* 25. *D. de rebus auctorit. iud. possid.* (XLII. 5.)[61]) erhellet, welche aus eben diesem Buche genommen ist[62]); so könnte auch hier der Fall von Ulpian gemeint seyn, da der Vormund arglistig in fraudem creditorum pupilli Sklaven desselben manumittirt hat[63]): quia in administratione patrimonii manumissio non est, wie Pomponius *libro I. ex Plautio*[64]) sagt.

b) Der Vormund hat in Geschäften, die zu seiner Administration gehören, einem Dritten durch dolus oder culpa geschadet. Auch hier soll nach dem Ausspruche des Papinianus dem Pupillen die widerrechtliche Handlung des Vormundes nicht schaden, wenn der Pupill dadurch nicht reicher geworden ist. Papinian sagt in der oben angeführten *L.* 3. *h. t.*

Quod autem vulgo dicitur, *tutoris dolum pupillo non nocere*, tunc verum est, cum ex illius fraude locupletior pupillus factus non est. Quare

61) S. besonders *Pet.* Vanderani Commentar. de privilegiis creditorum. Cap. XI. (in *Thes. Meerman.* Tom. II. pag. 705. sq.)

62) S. Hommelii Palingenes. libror. iuris vett. Tom. III. pag. 314.)

63) S. *Jac.* Cujacius Observation. Lib. XIV. cap. 33. und *Wilh. a* Loon Eleuth. s. de man. serv. Lib. III. cap. 2. §. 3.

64) *L.* 13. *D. de manumissionib.* (XL. 1.)

merito SABINUS tributoria actione pupillum conveniendum ex dolo tutoris existimavit, scilicet si per iniquam distributionem pupilli rationibus favit. Quod in depositi quoque actione dicendum est, item hereditatis petitione, si modo, quod tutoris dolo desiit, pupilli rationibus illatum probetur.

Papinian giebt hier zwar drey Fälle an, wo ex dolo tutoris gegen den Pupillen geklagt werden kann, wo aber der Grund der Klage darin beruht, weil der Pupill durch den dolus des Vormundes bereichert worden ist. Das erste Beyspiel nimmt er von der actio tributoria her. Wenn nämlich der Sklave des Mündels mit Wissen des Vormundes einen eignen Handel getrieben, und dazu die Waaren von seinem Herrn empfangen hat, so kann der Pupill, wenn der Vormund, um ihn zu begünstigen, bey der Theilung der Waaren unter die Handlungsgläubiger unredlich zu Werke gieng, mit der actio tributoria belangt werden[65]). Das andere von der actio depositi, wenn die beym Pupillen deponirte Sache durch den dolus des Tutors zu Grunde gegangen, der Pupill aber doch vielleicht, z. B. durch Consumtion der Sache, bereichert worden ist. Das Dritte von der hereditatis petitio, wenn der Pupill aus der Erbschaft, die er besitzt, durch eine widerrechtliche Handlung des Vormundes, eine Sache zu besitzen aufgehört hat, so fern Etwas davon erweislich in das Vermögen des Mündels geflossen ist. Es hat keinen Zweifel, wie Cujaz[66]) bemerkt, daß dieses auch auf eine actio in rem specialis anwendbar sey.

65) *L.* 3. §. 1. *D. de tributor. act.* (XIV. 4.)

66) Commentar. in Libr. XX. Quaestion. Papiniani ad L. 3. Quando ex facto tutor. (*Opp. postum. a* FABROTO *editor.* Tom. I. pag. 598.)

Daß der Vormund selbst, welcher in Geschäften seines Pupillen durch dolus oder culpa einem Dritten geschadet hat, von demselben belangt werden könne, ist ausser Streit. Ulpian sagt dieses ausdrücklich.

L. 13. §. 7. *de action. emti et vend. ex libro XXXII. ad Edictum.* — Et si quidem *ipsi tutores* vendiderunt, *ex emto eos teneri*, nequaquam dubium est. Sed si pupillus auctoribus eis vendidit, in tantum tenetur, in quantum locupletior ex eo (sc. dolo tutoris) factus est, tutoribus in residuum perpetuo condemnandis.

L. 1. §. 6. *D. Ne vis fiat ei, qui in possession. missus erit.* (XLIII. 4.) — Ergo et si tutor dolo fecerit, etc. — Sed et *ipsum tutorem posse conveniri*, Julianus scribit.

Daß jedoch der Vormund, der die Sache allein verschuldet hat, zuerst auf das Ganze belangt werden müsse, sagt keines von beyden Gesetzen [67]).

Ob aber auch der Pupill, so fern er von der widerrechtlichen Handlung des Vormundes keinen Vortheil gehabt hat, belangt werden könne? scheint unter den Röm. Rechtsgelehrten zweifelhaft gewesen zu seyn. Aristo [68])

67) Anderer Meinung ist jedoch Mühlenbruch in Doctrina Pandect. Vol. II. §. 337.

68) Dieser Aristo lebte unterm Kaiser Trajan, und war mit Neratius Priscus Rathgeber dieses Kaisers, wie aus *L.* 5. *D. Si a parente quis manumiss. sit* (XXXVII. 12.) erhellet. Man lese seine Charakteristik bey Plinius *Lib. VIII. Epist.* 14. und vergleiche noch *Jo.* Bertrandi Βιοι νομικων s. de iurisperitis Lib. II. cap. 43. pag. 236. sq. (*Halae* 1718. 4.) und Zimmern Gesch. des R. Priv. Rechts. 1. B. 1. Abth. §. 89.

und Pomponius unterscheiden, ob der Vormund solvent ist, und also der Pupill vom Vormunde schadlos gehalten werden kann, oder nicht. Im ersten Falle finde ob dolum malum vel culpam tutoris auch gegen den Pupillen eine Klage Statt, weil er hier wieder erhalten kann, was er geleistet hat. In dem letzten Falle aber habe der Pupill nur die Klage gegen dem Vormund abzutreten, um sich von allen weitern Ansprüchen des Dritten zu befreyen. Kann der Cessionar von dem Tutor nicht entschädiget werden, so sey dieses als ein Unglücksfall zu betrachten, den er allein zu tragen hat. Hierher gehören vorzüglich die beyden schon oben angeführten Stellen, *L.* 1. *D. h. t.* und *L. ult. D. de administr. et periculo tutor. et curator.*

Ulpian giebt dem Pomponius im Ganzen nicht Unrecht. Er sagt es ausdrücklich, gegen den Pupillen habe eine Klage Statt, wenn nur der Vormund solvent ist, ja er beruft sich deshalb sogar selbst auf den Pomponius, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 1. §. 6. *D. Ne vis fiat ei, qui in posses. missus erit.* (XLIII. 4.) Ulp. *Libro LXXII. ad Edictum.* Hoc edicto neque pupillum, neque furiosum teneri constat, quia affectu carent. — *Ergo et si tutor dolo fecerit, in pupillum dabimus actionem, si modo solvendo sit tutor.*

L. 21. §. 1. *D. de peculio.* (XV. 1.) Ulp. *libro XXIX. ad Edictum* Si dolo tutoris, vel curatoris furiosi, vel procuratoris factum sit, an pupillus, vel furiosus, vel dominus de peculio conveniatur? videndum. Et puto, *si solvendo tutor sit*, praestare pupillum ex dolo eius, maxime

si quid ad eum pervenit. Et ita POMPONIUS *libro octavo Epistolarum* [69]) scribit. Idem et in curatore et procuratore erit dicendum.

Es hat auch keinen Zweifel, daß der Pupill condemnirt werden kann, wenn er die Klage übernimmt, obwohl die poena doli gegen ihn nicht Statt findet, wie Pomponius *L.* 1. *h. t.* selbst sagt. Allein er braucht sich auf die Klage nicht einzulassen, sondern er kann sich von den Entschädigungsforderungen des Dritten dadurch befreyen, daß er die Klage, die ihm gegen den Vormund zusteht, dem Dritten cedirt. Auf diese Art modificirt, oder erklärt Ulpian die Meinung des Pomponius in folgender Gesetzstelle:

69) Wahrscheinlich ist die *L. ult. D. de admin. tutor. et curat.* welche in der Ueberschrift: POMPONIUS *libro* XX. *Epistolarum* hat, aus demselben libro octavo genommen, und es scheint hier eine Verwechselung der Inscriptionen vorgegangen zu seyn. Denn die *L.* 60. *eodem* hat POMPONIUS *libro VIII. Epistolarum.* Diese Inscription gehört wahrscheinlich zur *L. ult.* sowie die Inscription der L. ult. zur vorhergehenden *L.* 60. wie auch *Pet.* PERENONIUS Animadversion. et variar. Lectionum Lib. II. cap. 15. (in *Thes. Jur. Rom. Ottonian.* Tom. I. pag. 645.) dafür hält. Pomponius hat zwar *libri XX. Epistolarum* geschrieben, wie aus der Inscription der *L.* 67. *D. Soluto matrimon.* erhellet. Man könnte also vielleicht mit *Ant.* SCHULTING in Notis ad Dig. s. Pand. Tom. IV. ad L. ult. cit. pag. 443. sagen, Pomponius habe an mehreren Orten seiner Epistolarum davon gehandelt. Allein dieß ist nicht wahrscheinlich, weil die *L.* 67. *cit.* mit der *L. ult. cit.* in gar keiner Verbindung steht. Die Meinung des Perenonius wird noch insonderheit durch die *L* 3. §. 1. *D. de tribut. act.* bestätiget.

L. 3. §. 1. *D. de tributoria actione.* (XIV. 4.) ULP. *libro XXIX. ad Edictum.* Si servus pupilli vel furiosi sciente tutore vel curatore in merce peculiari negotietur, *dolum quidem tutoris vel curatoris nocere pupillo vel furioso non debere puto, nec tamen lucrosum esse debere.* Et ideo hactenus eum ex dolo tutoris *tributoria* teneri, si quid ad eum pervenerit. Idem et in furioso puto, quamvis POMPONIUS *libro octavo Epistolarum*, si solvendo tutor sit [70]), ex dolo eius pupillum teneri, scripserit. *Et sane hactenus tenebitur, ut actionem, quam contra tutorem habeat, praestet.*

So ist nun aller Widerspruch gehoben, und es erscheint aus allem soviel, daß der Pflegbefohlne zwar durch die widerrechtliche Handlung seines Vormundes nichts gewinnen, aber auch keinen Schaden leiden darf. Denn ist der Pupill bereichert, so giebt er zurück, was er gewonnen hat, das Uebrige mag der Betrogene vom Vormunde fordern. Ist er nicht bereichert, so kann zwar der Pupill dennoch belangt werden, aber will er sich auf keinen Proceß einlassen, so cedirt er dem Vervortheilten seine Klagen gegen den Vormund, unbekümmert, ob er solvent ist oder nicht [71]). Nam in omnibus, sagt Scävola *libro II.*

70) *Jac.* CUJACIUS Observation. Lib. XXV. cap. 30. meint, es müsse vermöge der *L. ult. D. de admin. tut.* gelesen werden: *si tutor solvendo non sit.* Allein ohne hinlänglichen Grund. S. POTHIER Pand. Justinian. Tom. I. Lib. XIV. Tit. 4. Nr. XVI. Not. b. pag. 411.

71) Man vergleiche vorzüglich *Jac.* CUJACII Comment. in libr. XX. Quaestion. Papiniani ad L. 3. D. Quando ex facto tutor. (*Oper. postum. a* FABROTO *editor.* Tom. I. pag. 597. sq.) *Jac.* GOTHOFREDI Commentar.

Quaestionum [72]), quos idcirco teneri dicimus, quia habent actionem, *delegatio* [73]) pro iusta praestatione est. Hiermit widerlegt sich zugleich die Lehre Michael Gottfr. Wernhers [74]), welcher die Meinung des Pomponius zu der seinigen gemacht hat, ohne sich an die mildernde Erklärung Ulpians erinnert zu haben.

§. 1347.

Klage gegen den Vormund während, und nach Endigung der Vormundschaft. Erläuterung der *L.* 5. *D. h. t.*

Daß während der Vormundschaft sowohl gegen den Pupillen, als gegen den Vormund geklagt werden könne, gegen den letztern jedoch, sofern er pflichtmäßig gehandelt

in Tit. Pand. de divers. Regulis iuris. ad L. 198. h. t. pag. 767 — 770. *Ger.* Noodt Comment. ad Dig. h. t. §. *Alio tamen.* pag. 564. sq. *Pet.* Fabri Comment. ad Tit. de divers. Regulis iuris ex libro Pand. L. ad L. 49. h. t. pag. 142. sq. Osii Aurelii Dispunctor ad *Merillium.* Dispunctio XXXV. (in *Thes. I. R. Otton.* Tom. III. pag. 780 — 782.) und *Jo.* Voet Commentar. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 4.

72) *L.* 51. *D. de peculio.* (XV. 1.) Man vergleiche über diese Gesetzstelle *Joan.* Altamirani *et* Velazquez Commentar. in priores XIII. libros Quaestion. Scaevolae Lib. II. Tract. II pag. 388. (Tom. II. *Thes. Meerman*)

73) *Delegatio* heißt hier nichts anders, als Abtretung der Klage, welche hier darum so genennt werden kann, weil sie den Pupillen von den Entschädigungsansprüchen des Dritten ganz befreyt, so daß kein Regreß gegen ihn weiter Statt findet, wenn auch der Vormund insolvent befunden wird.

74) Lectiss. Commentat. in Pand. P. II. h. t. §. 2. pag. 473.

hat, nur dahin, daß er den Kläger aus dem Vermögen des Mündels befriedige, ist bereits bemerkt worden [75]. Nach geendigter Vormundschaft findet hingegen in der Regel keine Klage mehr gegen den Vormund Statt, sondern dieser wird, sobald er sein Amt niedergelegt hat, von allen im Namen seines Mündels contrahirten Verbindlichkeiten befreyt. Diese gehen nun auf den gewesenen Pflegling dergestalt über, daß allein gegen diesen geklagt werden muß [76]. Justinian führt dieses *L.* 26. *C. de administr. tutor. vel curator.* (V. 37.) als eine allgemeine Bestimmung der Gesetze an. Er sagt:

Invenimus autem generaliter definitum, *post officium depositum omnes actiones, quas tutor vel curator ex necessitate officii subierit, in quondam pupillum vel adultum transferri.*

Beyspiele enthalten folgende Gesetzstellen.

L. 5. *D. h. t.* Papinianus *libro V. Responsorum.* Post mortem furiosi non dabitur in curatorem, qui negotia gessit, iudicati actio: non magis quam in tutorem: si modo nullam ex consensu

75) *L.* 1. §. 2. *D. de administr. et peric. tutor. et curat. L.* 5. *D. h. t.* S. den 30. Th. §. 1335. Not. 56. S. 339. und §. 1345. dieses Bandes. Man sehe noch Lauterbach Colleg. theor. pr. Pandectar. P. II. h. t. §. 4. und Struv Synt. iuris civ. P. II. Exercit. XXXI. Th. 48.

76) Man vergleiche *Hub.* Giphanii Lectur. Altorphin. ad L. 67. D. de procurat. (*Francof.* 1605. 4.) pag. 75. *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. h. t. §. *E diverso*. *Jo.* Voet Comment. ad Pand. h. t. §. 3. und Lauterbach c. l. §. 5.

post depositum officium [77]) novationem factam, et in curatorem vel tutorem obligationem esse translatam constabit. §. 1. Tutor, qui pecuniam se soluturum cavit, in quam pater pupilli condemnatus fuerat, actionem *post tutelam finitam* recte recusat. Non idem in eo placuit, qui *suo nomine* mutuam pecuniam accepit, et iudicatum pro pupillo fecit, nisi forte creditor ideo contraxit, ut in causam iudicati pecunia transiret.

Der Curator eines Wahnsinnigen hatte für seinen Pflegbefohlnen einen Proceß geführt, und war verurtheilt worden. Nach dem Proceß starb der furiosus, und hiermit war das Amt des Curators geendiget. Nun entstand die Frage, ob die actio iudicati gegen den Curator Statt finde? Papinian beantwortet dieselbe verneinend. Die Klage ist also nun gegen die Erben des verstorbenen Curanden anzustellen. Eben so ist es auch, sagt er, bey einem Tutor, der für seinen Mündel einen Proceß über-

77) Die Worte *post depositum officium*, stehen hier ganz am unrechten Orte, sie sollten nach den Worten folgen: non magis quam in tutorem, und so gelesen werden: *Post mortem furiosi non dabitur in curatorem, qui negotia gessit, iudicati actio, non magis quam in tutorem post depositum officium: si modo nullam ex consensu novationem factam, et in curatorem vel tutorem obligationem esse translatam constabit. Jac.* CUJACIUS Observation. Lib. XX. cap. 39. und in Commentar. in Libr. V. Responsor. Papiniani ad h. L 5. (*Oper. postum. a* FABROTO *editor.* Tom. I. pag. 205.) hat dieses augenscheinlich dargethan. Ihm stimmen mit Recht bey GIPHANIUS in Lectur. Altorphin. c. I. und POTHIER in Pandect. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. IV. Not. a. pag. 120.

nahm, und condemnirt worden ist, wenn sich nachher durch eingetretene Pubertät des Mündels, oder durch desselben Tod die Tutel endiget. Die actio iudicati kann nun nicht gegen den gewesenen Tutor, sondern es muß die actio utilis gegen den Pupillen, oder desselben Erben angestellt werden. Papinian sagt dieses noch an einem andern Orte vergleichungsweise, nämlich *Libro II. Quaestionum*, woraus die *L. ult. D. Si quis cautionib.* (II. 11.) genommen ist:

Si tutor iudicio sisti promiserit, et stipulationi non obtemperaverit, et interea pupillus adoleverit, aut mortem obierit, aut etiam abstentus sit hereditate, denegabitur ex stipulatu actio: *nam et ipsius rei, quae petebatur, si tutor iudicatus fuerit, et eorum quid acciderit, non esse dandam in eum actionem iudicati, probatum est.*

Es ist hier von der stipulatio iudicio sisti die Rede, welche ein Vormund, der im Namen seines Pupillen war vor Gericht gefordert worden, eingegangen, aber nicht erfüllt hatte, weil er zur bestimmten Zeit nicht vor Gericht erschienen war. Noch ehe die actio ex stipulatu von dem Gegner war angestellt worden, hatte der Pupill die Pubertät erreicht, oder er war unterdessen gestorben, und die Tutel hiermit geendiget, oder es kann auch unterdessen der Grund der Stipulation aufgehört haben, wie z. B. wenn die Klage aus einem noch von dem Vater des Mündels geschlossenen Contract war angestellt worden, und der Pupill nachher sich von der väterlichen Erbschaft losgesagt hat. Nun entstand die Frage, ob die actio ex stipulatu gegen den Tutor Statt finde? Nein, sagt Papinian, eben so wenig, als die

actio iudicati gegen den Vormund würde Statt gefunden haben, wenn er wäre verurtheilt worden, und nachher auf gleiche Weise die Tutel geendiget, oder die Ursache der Stipulation durch Abstinenz gehoben worden wäre [78]).

Hierher gehört endlich noch die Verordnung des Kaisers **Antoninus**, *L.* 1. *C. h. t.* Der Kaiser rescribirt hier an den Septimius folgendermassen:

Juliana, cuius tibi curatores condemnati sunt, si vicesimum quintum annum aetatis egressa est, *actio iudicati utilis adversus ipsam bonaque eius tibi exercenda est.* Nam tutores curatoresque *finito officio* non esse conveniendos ex administratione pupillorum vel adolescentium, saepe decretum est.

Was in diesen Gesetzen von der actio iudicati gesagt worden, gilt auch von allen andern Klagen, welche durch Führung der Vormundschaft aus solchen Geschäften entstanden sind, die der Vormund in Angelegenheiten seines Pflegbefohlnen besorgt hat [79]).

Nach geendigter Vormundschaft ist also vermöge ausdrücklicher Vorschrift dieser Gesetze keine den Pflegling angehende Klage mehr gegen den Vormund anzustellen, son-

78) S. *Jac.* Cujacii Comment. in Libr. II. Quaestion. Papiniani ad h. L. ult. D. Si quis caution. iud. sist. c. (*Oper. postum.* Tom. I. pag. 18 sq.)

79) *L.* 28. *pr. D. de admin. et peric. tut et curator. L. ult.* §. *ult. D. Ut legator. s. fideicommiss. servandor. c. caveat. L.* 26. *Cod. de administr. tutor.* S. Cujacii Commentar in Libr. V. Responsor. Papin. ad L. 5. h. t. (*Opp. postum.* Tom. I. pag. 204.)

dern der gewesene Mündel, oder Pflegbefohlne muß nun selbst, oder sein Erbe belangt werden, es müßten denn besondere Gründe eintreten, aus denen der Vormund auch noch nach niedergelegtem Amte in Anspruch genommen werden kann. Solche Gründe führt Papinian in der angeführten *L.* 5. *h. t.* an. Dahin gehört

1) Wenn der Vormund durch freywillige Novation die Schuld seines Pfleglings dergestalt übernommen hat, daß dadurch die Forderung an den Mündel getilgt worden, und zwischen dem Gläubiger des Pupillen und dem Vormunde eine neue entstanden ist. Papinian sagt: si modo nullam ex consensu *novationem* factam, et in curatorem vel tutorem obligationem esse translatam constabit [80]). Diese Ausnahme findet auch bey einem Curator reipublicae Statt, der hierin einem Vormunde vollkommen gleichsteht [81]).

2) Wenn der Vormund in seinem Namen ein Darlehn aufnahm, und damit für den Pupillen eine Schuld bezahlte, zu deren Bezahlung der Vater desselben, dessen Erbe der Pupill geworden, war verurtheilt worden, und auf diese Art für den Mündel dem Judicate ein Genüge leistete. Hier haftet der Tutor eben so, wie in jenem Falle, da eine Novation geschehen ist, auch noch nach niedergelegtem Amte. Ein Anders wäre, wenn der Tutor

80) Von diesem Falle erklärt man auch die *L. ult. D. de contr. tut. et utili act.* (XXVII. 4.) S. *Jac.* Cujacius Observation. Lib. XXVI. cap. 20. und *Jo. Jac.* Wissenbach Exercitat. ad Pand. P. I. Disp. LII. Th. 28. pag. 546.

81) *L.* 3. §. 2. *D. de administrat. rerum ad civitat. pertinent.* (L. 8.)

dem Gläubiger blos versprochen hätte, er wolle ihm das Geld bezahlen, weswegen der Vater des Pupillen war verurtheilt worden. Hier kann er den Kläger nach geendigter Tutel an seinen gewesenen Pflegling verweisen. Papinian sagt: Tutor, qui pecuniam se soluturum cavit, in quam pater pupilli condemnatus fuerat, *actionem post tutelam finitam recte recusat.* Non idem in eo placuit, qui *suo nomine* mutuam pecuniam accepit, et iudicatum *pro pupillo* fecit. Eben so, wenn der Gläubiger das Geld für den Pupillen zu dem Zweck selbst creditirt hätte, daß dasselbe zur Erfüllung des Judicats verwendet werden sollte. Auch hier würde nach geendigter Tutel keine Klage mehr gegen den Vormund Statt finden [82]. Denn hier wollte der Gläubiger nur den Pupillen zu seinem Schuldner machen, nicht den Vormund, mit dem er contrahirte. Dieß ist es, wenn Papinian noch hinzufügt: nisi forte creditor ideo contraxit, *ut in causam iudicati pecunia transiret.*

3) Wenn sich der Vormund für den Mündel verbürgt hat, und zwar nicht so, daß er blos als Vormund für die Bezahlung gut zu stehen versprochen hat, sondern daß er als Bürge für die Schuld haften wolle, wie aus folgender Constitution erhellet.

L. 15. *Cod. de administr. tutor. vel curator.* (V. 37.) Impp. Diocletian. et Maximian. AA. Licinio. Si non subscripsisti, *quasi fideiussor:* frustra vereris, ne *ex ea intercessione*, *qua signasti ut curator*, olim liberatus, ut affirmas, sententia Praesidis, *ex officio curatoris conveniri possis.*

82) Arg. *L.* 6. § 1. *D. de negot. gest.* S. Cujacius ad L. 5. D. h. t. (*Opp. postum.* Tom. I. pag. 205.)

Cujaz[83]) will zwar eine bloße Bürgschaft des Vormundes, welche mit keiner Novation verbunden ist, nicht für genügend zur Begründung einer Klage halten, die gegen den Vormund noch nach geendigter Tutel mit Wirkung angestellt werden könnte. Allein Ulrich Huber[84]) hat ihn aus diesem Gesetz gründlich widerlegt. Endlich

4) wenn sich der Vormund eines dolus schuldig gemacht hat, weshalb er, in so fern der Pupill nicht bereichert worden ist, in Anspruch genommen werden kann[85]). Ulpian sagt *L.* 13. §. 7. *D. de actionib. emti et vend.*

Sed si pupillus auctoribus eis vendidit, in tantum tenetur, in quantum locupletior ex eo factus est, *tutoribus in residuum perpetuo condemnandis*, *quia nec transfertur in pupillum post pubertatem hoc*, *quod dolo tutorum factum est.*

83) Observation. Lib. XXVI. Cap. 20.

84) Praelection. iuris Rom. ad Pandect. Lib. XXVII. Tit. 4. §. 2. Man sehe auch *L.* 67. *D. de procurator.* und Lauterbach Colleg. Pand. h. t. §. 5. nr. 2.

85) S. Lauterbach c. l. nr. 1.

Lib. XXVI. Tit. X.

De suspectis tutoribus vel curatoribus.

§. 1348.

Häufigkeit der postulatio untreuer Vormünder bey den Römern. Ursprung. Tutor Suspectus? nicht quasi suspectus? Erläuterung der *L.* 3. §. 15. *D. h. t.* §. 10. *J. eodem.* *L.* 3. §. 5. *D. eodem.*

Wie häufig bey den Römern die Anklagen untreuer Vormünder gewesen seyn müssen, wie nothwendig daher die Clausel, d. h. wie Cornelius van Bynkershök[86]) diesen Ausdruck erklärt, der Theil des Edicts de suspectis tutoribus gewesen sey, den wahrscheinlich der Prätor seinem Edict von Vormundschaften beygefügt hatte, beweist das Zeugniß Ulpians, welcher *libro XXXV. ad Edictum* sagt:

Haec *clausula* et frequens et pernecessaria est: *quotidie enim suspecti tutores postulantur*[87]).

Bey den Römern legten nämlich die Vormünder nicht eher Rechnung ab, als wenn die Tutel oder Curatel

86) Observation. iuris Rom. Lib. II. cap. 25. §. *Interea.* pag. 140. edit. *Heinecc.*

87) Beyspiele aus Suetonius, Apulejus und Persius führt *Ev.* Otto in Commentar. ad princ. J. h. t. an.

völlig beendiget war. Daher mußte man frühzeitig auf ein Mittel bedacht seyn, wodurch diejenigen Tutoren oder Curatoren, welche ihr Amt pflichtwidrig verwalteten, der Obrigkeit bekannt würden, und von der Fortführung der Vormundschaft entfernt, auch wohl nach Befinden noch ausserordentlich bestraft werden könnten. Dieß fand man ganz einfach in der Erlaubniß, die man jedem Staatsmitgliede ertheilte, einen solchen Vormund, der seinen Pflichten als Vormund kein Genüge leistete, vor der competenten Obrigkeit anzuklagen, und auf seine Absetzung zu dringen. So entstand die postulatio suspecti tutoris vel curatoris, oder, wie sie auch genannt wird, suspecti accusatio, deren Ursprung **Ulpian** a. a. O. aus dem Gesetz der XII Tafeln herleitet, wenn er sagt: Sciendum est, *suspecti crimen* [88]) *e lege duodecim tabularum descendere* [89]).

88) *Crimen* steht hier für criminatio oder accusatio. So wird dieses Wort auch öfters in den Pandecten gebraucht. *L.* 3. §. 3. *et* 7. *D. h. t. L.* 5. *D. de calumniator.* (III. 6.) *L.* 21. *D. de SCto Silan.* (XXIX. 5.) *L.* 7. *D. de accusat.* (XLVIII. 2.) Theophilus in Paraphr. gr. ad pr. J. de susp. tutorib. et curatorib. braucht das Wort κατηγορια. Man sehe auch *Arn.* Vinnius in Comm. ad pr. J. h. t. und Brissonius h. voc.

89) In wiefern schon in den XII Tafeln die nur bey den administrirenden Vormündern, nicht bey der Weibertutel, vorgekommene obrigkeitliche Entfernung des unsicher scheinenden Tutors begründet war, ist nicht näher bekannt. Wir haben nur eine Stelle bey Cicero *de Officiis Lib. III. cap.* 15. worin aber der Inhalt des Gesetzes nur im Allgemeinen angedeutet ist. Es heißt nämlich daselbst: Atque iste dolus malus et legibus

Wenn ist aber ein tutor oder curator suspectus zu nennen? Das Wort *suspectus* braucht man eigent-

erat vindicatus, ut *tutela XII. Tabulis*, et circumscriptio adolescentium *Lege Laetoria*, oder wie Beier und Billerbeck richtiger lesen, *Plaetoria*. Wir sehen aber aus dieser Stelle nur so viel, daß in den XII Tafeln der dolus des Tutors bestraft worden ist, es bleibt daher zweifelhaft, ob sich dieses auf die remotio tutoris suspecti, oder auf die actio rationibus distrahendis, oder auf die actio furti beziehe. Denn auch diese wird vom Tryphoninus aus den XII Tafeln hergeleitet. *L.* 55. §. 1. *D. de admin. et peric. tutor. et curator.* S. *Corn. van* Bynkershoek Observation. iuris Rom. Lib. VI. cap. 8. *Henr.* Kellinghusen Diss. de Legibus nonnullis Romanorum. Cap. I. §. 2. (in *Ger.* Oelrichs *Thes. nov. Dissertation. select. in academ. Belgic. habitar.* Tom. II. Vol. II. pag. 12 — 16.) und Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. §. 248. S. 936. Daher sind auch die Versuche zur Herstellung der Textesworte des Gesetzes sehr verschieden ausgefallen. S. H. E. Dirksen Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der XII Tafel-Fragmente. Kap. 15. Tab. VIII. Fr. 20. S. 599 ff. *Ev.* Otto Comm. ad pr. J. h. t. leitet die accusatio suspecti von den Griechen her, bey denen sie φάσις genennt worden. Es ist auch allerdings richtig, daß gesetzwidrige Handlungen, besonders an Waisen verübt, wenn sich der Vormund einer üblen Verwaltung des Vermögens seines Pflegbefohlnen, oder einer schlechten Behandlung desselben schuldig machte, zur Kenntniß der Archonten zu bringen, und solchergestalt die Bestrafung des Schuldigen, und bey Vormündern deren Absetzung zu erwirken, jedem erlaubt gewesen sey. Ein solcher Antrag, oder Klage hieß φάσις oder εἰσαγγελία. S. Suidas voc. φάσις, und

lich von einem solchen Menschen, dem nicht zu trauen ist, von dem man etwas zu befürchten hat, von dem lateinischen Verbum suspicere. Es ist also ein unsicherer, verdächtiger Mensch. In dieser Bedeutung sagt Quinctilian [90]), man muß nicht nur von der criminis turpitudine, sondern auch von der suspicione rein seyn. *Tutor suspectus* ist demnach ein unsicherer Vormund, den man nicht trauen kann, entweder weil er bey der bisherigen Verwaltung seine Pflichten als Vormund nicht gewissenhaft erfüllt hat, oder schon vorher, ehe er noch administrirte, durch sein Betragen den Verdacht erweckt hat, daß er die Vormundschaft, wenn er die Führung derselben erhielte, nicht treu verwalten werde [91]). Justinian sagt mit Julian §. 5. *I. h. t.*

Julius Pollux *Onomast.* Lib. VIII. c. 6. welcher jedoch das Verfahren fälschlich δίκη ἐπιτροπῆς nennt. S. Aug. Wilh. Heffter die athenäische Gerichtsverfassung (Cöln 1822. 8.) 2. Buch 1. Hauptabschn. Kap. 3. §. 1. und 2. S. 192. und 2. Hptabschn. Kap. 1. Tit. 2. §. 2. S. 251 f. und der Attische Proceß von Moriz Hermann Ed. Meier und Ge. Fried. Schömann (Halle 1824.) Buch 3. Absch. 2. S. 453. Die Klage gegen den Vormund, die φάσις, wegen schlecht verwalteter Mündelgüter, gehörte vor den *Archon Eponymus*. S. Ed. Platner Proceß und Klagen bey den Attikern. 2. Th. (Darmstadt 1825. 8.) 2. B. 2. Absch. S. 16. und 4. Abschn. 2. Kap. §. 2. S. 290.

90) *Institut. Orator. Lib. II. cap. 2.*

91) Ueber diese Materie sind zu vergleichen *Franc.* Duareni Comment. in h. Tit. Pand. (*Opp.* pag. 304. sq.) *Hug.* Donelli Comment. de iure civili. Lib. III. Cap. 10. et 16. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. *Ant.* Quintanaduegnae de iurisdictione et imperio Lib. I. cap. 10.

SUSPECTUS autem est tutor, *qui non ex fide tutelam gerit*, licet solvendo est, ut *Julianus* quoque scripsit. Sed et ante quam incipiat gerere tutelam tutor, posse eum *quasi* SUSPECTUM removeri, idem *Julianus* scripsit, et secundum eum constitutum est.

Ulpian *libro primo Responsorum* sagt das Nämliche von einem Curator *L.* 19. *D. de administrat. et peric. tutor. et curator.*

Si non *ex fide* curam gerat, SUSPECTUM postulari posse.

Ein tutor oder curator, welcher die Vormundschaft nicht treu verwaltet hat, ist also nicht sowohl wegen seiner übel geführten Verwaltung suspect; denn in dieser Hinsicht hat er schon wirklich treulos gehandelt; sondern er ist suspect, weil er sich wegen seiner schlechten Administration in Ansehung der künftigen Amtsverwaltung verdächtig gemacht hat, so daß man ihn nun auch für die Zukunft nicht mehr trauen kann[92]). Hierauf schienen auch die Kaiser Diocletian und Maximian hinzudeuten,

de cognitione suspecti tutoris. (in *Thes. Meerman.* Tom. II. pag. 254—257.) *Jo.* VOLLENHOVE Diss. de suspectis tutoribus et curatoribus. *Lugd. Batav.* 1732. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. nov. Dissertation. iurid. Belgic.* Vol. I. Tom. I. Nr. III. pag. 191—258.) *S.* GRATAMAE Praelection. ad Partem prim. Institution. Justiniani (*Groeningae* 1818.) pag. 344. sqq. und *Desid. d'*HAUW Diss. de suspectis tutoribus et curatoribus. *Brugis* 1825. 4. (S. die Tübinger krit. Zeitschrift für Rechtswissenschaft. 4. B. 2. Heft. (Tübingen 1828.) S. 237. ff.).

92) S. VOLLENHOVE Diss. cit. Cap. I. §. 3.

wenn sie *L. ult. Cod. h. t.* die tutores suspectos *ex dolo* nennen. Die Redensart: non *ex fide* tutelam vel curam gerere, will man zwar im eigentlichen Sinne nur von einer vorsetzlichen Untreue verstehen, und daher nur eigentlich einen solchen tutor oder curator suspectus nennen, der vorsetzlich seinen vormundschaftlichen Pflichten kein Genüge geleistet hat [93]. Ein jeder andere Vormund, der nur aus Nachläßigkeit oder Faulheit seine Pflichten als Vormund nicht erfüllt hat, wenn er sich auch einer dem dolus nahe kommenden lata negligentia schuldig gemacht hat, sagt man, werde nur quasi suspectus genennt. Man sagt, das Gesetz der XII. Tafeln rede ausdrücklich nur vom dolus malus tutoris. Auch Ulpian sage *L.* 31. §. 1. *D. de rebus auct. iud. possid.* (XLII. 5.) siquidem tutorem non facultates, sed *fraudulenta in rebus pupillaribus et callida* conversatio *suspectum* commendet [94]. Und die Kaiser Diocletian und Maximian unterschieden *L. ult. Cod. h. t.* (V. 43.) ausdrücklich *suspectos* tutores *ex dolo* von denen, qui *ob negligentiam* remoti sunt. Ja Ulpian sage *L.* 7. §. 1. *D. h. t.* ganz bestimmt: Si fraus non sit admissa, sed *lata negligentia*, quia ista prope fraudem accedit, removeri hunc QUASI *suspectum*

93) S. VOLLENHOVE Diss. cit. Cap. I. §. 4—6. pag. 195 sqq.

94) Die Glosse erklärt das Wort commendat durch notat. Allein *Corn. van* BYNKERSHOEK Observation. iuris Rom. Lib. I. cap. 25. §. *Commendare.* pag. 70. (edit. *Heinecc.*) will lieber *condemnet* lesen, womit auch das Griechische κρίνεται ὁ ἐπίτροπο; in den *Basilicis* Tom. I. Lib. IX. Tit. 7. const. 30. pag. 542. übereinstimmt. Ihm stimmt auch HEINECCIUS ad *Brissonium* de V. S. voc. *Commendare* bey.

oportet. Dieser Grund, sagt man, würde nicht passen, wenn auch derjenige, welcher sich einer culpa levis, oder wie die Gesetze [95]) sagen, einer negligentia oder ignavia schuldig gemacht hat, suspectus hieße. Es scheint mir jedoch zu diesem Unterschiede kein hinlänglicher Grund vorhanden zu seyn. Ulpianus sagt *L.* 8. *D.h.t.* ganz allgemein: SUSPECTUM *tutorem* eum putamus, qui moribus talis est, ut suspectus sit; und daß er zwischen dolus und culpa tutoris keinen Unterschied mache, beweist *L.* 3. §. 17. *D. h. t.* wo er sagt: Is tutor, qui *inconsiderate* pupillum vel *dolo* abstinuit hereditate, potest SUSPECTUS postulari. Auch der Kaiser Alexander macht keinen Unterschied, wenn er *L.* 5. *Cod. h. t.* an den Asklepiades rescribirt:

In *postulandis* SUSPECTIS *tutoribus* seu *curatoribus* non vires patrimoniorum principaliter, *sed an nihil* SEGNITER [96]), *nihil* FRAUDULENTER *geratur*, perpendi oportet.

95) *L.* 4. §. *ult. D. h. t. L.* 1. §. 41. *D. ad SCtum Tertull.*

96) VOLLENHOVE cit. Diss. Cap. I. §. 5. pag. 197. will zwar die Worte: *nihil segniter* für einen unächten Zusatz von fremder Hand halten, weil Charondas und Baudoza bemerkt hätten, daß diese Worte in einigen Handschriften nicht befindlich wären, daher wären sie auch in den Editionibus vulgatis in Haaken eingeschlossen. Allein Contius hat dagegen erinnert, daß sie in allen seinen Handschriften gelesen würden. Ulpian gedenkt auch *L.* 3. §. *ult. D. h. t.* der segnities ausdrücklich, als eines Grundes der Remotion des Vormundes. Es ist überdem ganz unrichtig, daß in den Editionibus vulgatis die Worte *nihil segniter* eingeklammert wären, wenigstens habe ich dieß in den Ausgaben des Cheval-

Und Justinian nennt §. 6. *J. h. t.* welche Stelle weiter unten in Betrachtung kommen wird, den tutor, qui *ob culpam* remotus est, so gut SUSPECTUS, als den *ob dolum*. Diesem ist nun gar nicht entgegen, wenn Ulpian *L.* 7. §. 1. *h. t.* sagt, der Vormund werde ob latam negligentiam QUASI *suspectus* removirt. Denn das Wörtchen *Quasi* bezeichnet in unsern Gesetzen nicht immer eine Uneigentlichkeit, sondern sehr oft auch Wahrheit, wie Brisson [97]) aus vielen Gesetzstellen dargethan hat. Man sieht dieses auch aus dem §. *ult. J. h. t.* wo Justinian sagt: SUSPECTUM eum putamus, *qui moribus talis est, ut suspectus sit.* Enimvero tutor vel curator, quamvis pauper est, fidelis tamen et diligens, removendus non est QUASI *suspectus*, welches nichts anders heißt, als ein Vormund könne nicht seiner Armuth wegen, als suspect, *ὡς σουσπεκτος*, wie Theophilus übersetzt, d. i. UT *suspectus*, entfernt werden. Mit Recht erklärt daher Ulrich Huber [98]) die Redensart: *non ex fide tutelam gerere* in Justinians Definition vom tutor suspectus von einem jeden Vormunde, qui non implet officium tutoris, quod in se recepit; und bemerkt dabey ganz richtig, daß hier das Wort fides nicht gerade dem dolus malus entgegengesetzt werde, sondern überhaupt die Pflicht und Treue eines Vormundes bezeichnen solle, wie auch Theophilus in seiner griechischen Paraphrase bestätige,

lon, Merlinus, Hugo a Porta, und Baudoza, die ich selbst besitze, nicht gefunden; nur in denen des Russard, Charondas, und Pacius findet sich die Einschließung.

97) De Verb. iur. Signif. voc. *Quasi* nr. 4. pag. 1160.

98) Praelection. iuris civ. sec. Institution. Justin. h. t. § 5.

wenn er sagt: *Σούσπεκτος δέ ἐστιν, καὶ ὃς μὴ πιστότατος διοικεῖ τὴν ἐπιτροπήν.* Suspectus *autem est, et qui non* FIDELISSIME *tutelam administrat.* Und Hugo Donellus [99]) stellt den ganz richtigen Grundsatz auf: Placet, eum, qui *non recte, non ex fide* administrat, tanquam *suspectum* removeri posse, ut nihil intersit, *fraudulenter* id faciat tutor, an *segniter*.

Wenn Justinian seiner Definition noch die Worte hinzugefügt hat: licet solvendo sit, d. h. wie es Theophilus richtig erklärt: *ἐι καὶ εὔπορός ἐστι*, wenn er gleich wohlhabend ist; so will er damit anzeigen, es solle, um zu beurtheilen, ob ein Vormund als suspect zu removiren sey, nicht darauf gesehen werden, wie seine Vermögens-Umstände beschaffen sind, sondern nur darauf, wie er die Vormundschaft verwalte. So wie also die Armuth keinen Vormund suspect macht, wenn er sonst ein fleißiger und redlicher Mann ist, wie Justinian §. *ult. I. h. t.* sagt; so kann auch Reichthum den Vormund, der unredlich und pflichtwidrig gegen seinen Mündel gehandelt hat, nicht gegen Anklage und Absetzung schützen.

Es ist jedoch nicht nur ein solcher Vormund suspect, der wirklich sein Amt, als Vormund, pflichtwidrig verwaltet hat, sondern auch derjenige, der zwar noch nicht administrirt, aber durch sein Betragen den Verdacht gegen sich erweckt hat, daß er die Vormundschaft nicht treu und pflichtmäßig verwalten werde. Justinian sagt, auch ein solcher könne quasi suspectus, d. h. als ein unsicherer, verdächtiger Vormund removirt werden. Dahin gehört

99) Cit. loc. Cap. XVI. §. 5.

1) wenn Jemand durch Geld und Bestechung die Vormundschaft zu erhalten gesucht hat. Ein solcher kann nicht nur von der Verwaltung derselben als suspect ausgeschlossen und verworfen, sondern noch überdem bestraft werden.

L. 3. §. 15. *D. h. t.* Ulpianus *Lib. XXXV. ad Edictum.* Sed si non latitet, sed praesens nihil posse decerni contendat, quasi inopi, si datis pupillo advocatis, in mendacio revincatur, ad Praefectum urbi remittendus est. Neque enim interest, id agere quenquam, *ut corrupta fide inquisitionis tutor constituatur*, an bona fide constitutum, velut praedonem bonis alienis incumbere. Hic ergo *non quasi suspectus removebitur*, sed remittetur puniendus ea poena, qua solent affici, *qui tutelam corruptis ministeriis Praetoris redemerunt.*

Es ist hier zunächst von dem Falle die Rede, wo ein Vormund behauptet, er könne seinem Mündel keinen Unterhalt geben, weil er arm sey. Hier sollen dem Mündel Advocaten gegeben werden, welche die Sache untersuchen. Wird seine Angabe falsch befunden, so soll er an den Praefectus urbi zur Bestrafung abgeliefert werden. Denn es ist gleichviel, sagt Ulpian, ob Jemand durch Bestechung derjenigen, welche die Tüchtigkeit des Vormundes zu untersuchen hatten, Vormund geworden, oder zwar ordnungsmäßig zum Vormund bestellt worden, aber mit fremden Vermögen wie ein Räuber umgeht. Hier thut also der Prätor seinem Amte noch kein Genüge, wenn er einen solchen Vormund blos als suspect absetzt [100]), sondern er

100) Dieß ist der eigentliche Sinn der Worte: *Hic ergo non quasi suspectus removebitur*, wie *Jo.* Schilter

muß den treulosen Vormund auch noch der competenten Obrigkeit zur Bestrafung übergeben, so wie einen solchen, der durch Bestechung der Prüfungs-Commission des Prätors die Vormundschaft an sich brachte [1]).

in Praxi iuris Rom. Exercit. XXXVII. §. 159. dieselben richtig erklärt hat. Die Richtigkeit dieser Erklärung ergiebt sich aus einer andern Stelle Ulpians in *L.* 1. §. 7. *D. de officio Praefecti urbis.* (I. 12.) wo es heißt: Solent ad praefecturam urbis remitti etiam tutores sive curatores, qui male in tutela sive cura versati, graviore animadversione indigent, quam ut sufficiat eis suspectorum infamia, *quos probari poterit* vel *nummis datis tutelam occupasse*, vel praemio accepto operam dedisse, ut non idoneus tutor alicui daretur. Man vergleiche auch Donellus Lib. III. cap. 16. §. 9. (Vol. II. pag. 204. edit. *Koenig.*)

1) In den Institutionen §. 10. *h. t.* welcher Text aus unser Pandecten-Stelle genommen ist, lesen die meisten Ausgaben: sicut ille remittitur, *qui data pecunia ministerium tutelae redemerit.* So auch die neueste Ausgabe von Beck. Die glossirten Ausgaben haben *acquisierit vel redemerit.* Allein *Jac.* Cujacius Commentar. in Libr. V. Responsor. Papiniani ad L. 11. h. t. (*Oper. postum. a* Fabroto *editor.* Tom. I. pag. 208.) hat die Bemerkung gemacht, daß die Pandecten hier unrichtig seyen excerpirt worden, und daß: *qui data pecunia ministeriis tutelam redemit*, gelesen werden müsse. So liest auch die Cujazische Institutionen-Ausgabe wirklich. Unter *ministeria* aber versteht Cujaz, wie auch das Wort in den Pandecten genommen ist, die officiales Praetoris, per quos fiebat inquisitio. Die Lesart des Cujaz hat bey vielen, z. B. bey Hotoman, Russard, Charondas, Everh. Otto, Heineccius zu Vinnius, und andern Beyfall gefunden. Doch bemerkt Charondas, alle Handschriften hätten *ministerium tu-*

2) Wenn der bestellte Vormund bey der Antretung der Tutel ungebührlich zögert, und sich derselben zu unterziehen gegen die Befehle der Obrigkeit hartnäckig weigert.

L. 7. §. 3. D. h. t. Ulpianus *libro I. de omnibus Tribunalibus.* Item si quis tutor datus non compareat, solet edictis evocari, novissimeque, si copiam sui non fecerit, *ut suspectus removeri ob hoc ipsum, quod copiam sui non fecit.* Quod et perraro, et diligenti habita inquisitione faciendum est.

L. 2. Cod. h. t. Imp. Antoninus A. Longino. Curatores quidem suo periculo, quanto tardius ad eos tutela transfertur, cessant. Quodsi *in fraudem* id esse factum existimas, *suspectos* eos postula: *qui si summoveri meruerint,* in locum eorum alios accipies.

L. 3. C. eodem. Imp. Alexander A. Fortunatae. Praeses provinciae tutores filiorum tuorum strictioribus remediis adhibitis omnimodo administrationis officium compellet agnoscere. *Quodsi in eadem contumacia perseveraverint: suspectos*

telae redemerit, und diese gemeine Lesart sucht auch *Jo. Bern.* Koehler in Animadversionib. editioni Institution. ex recensione *Cujacii* a se adornatae adject. pag. 225. sq. zu vertheidigen. Theophilus in seiner griechischen Paraphrase sagt freylich von ministeriis nichts. Seine Uebersetzung lautet ganz einfach so: *ὅστις χρήματα δοὺς, ἐπίτροπος ἐσπούδασε γενέσθαι.* i. e. *sicut et ille. qui pecuniam largitus, tutor fieri studuit.*

postulare, ut alii in locum eorum petantur, non prohiberis.

3) Wenn der Vormund sich weigert, die ihm von der Obrigkeit aufgelegte Caution zu leisten.

L. 2. *C. h. t.* VALERIANUS *et* GALLIENUS AA. et VALERIANUS Caes. Euploio. Eum tutorem, qui superest, *si secundum Praesidis praeceptum et iuris formam satis non dat:* removeri a tutela, si inopia hoc faciat, sine infamia, si fraude, etiam cum nota, aditus Rector provinciae iubebit, et in locum defunctorum alios idoneos substitui praecipiet.

4) Wenn er, wie ihm gleich nach seiner Anstellung oblag, ein öffentliches Inventar über das Vermögen seines Mündels zu errichten unterließ, ohne sich durch rechtmäßige Hinderungsursachen entschuldigen zu können.

L. 3. §. 16. *h. t.* ULP. *lib. XXXV. ad Edictum* Tutores, *qui repertorium non fecerunt* [2]), *pro suspectis habentur.*

L. ult. §. 1. *Cod. Arbitrium tutelae* (V. 51.) Imp. JUSTINIANUS A. Juliano P. P. — Illud procul dubio observando, ut non audeat tutor vel curator res pupillares vel adulti aliter attingere, vel ullam sibi communionem ad eas vindicare, nisi prius, *inventario publice facto*, secundum morem solitum

2) In den florentinischen Pandecten fehlen zwar diese Worte, allein in allen übrigen Ausgaben, die ich verglichen habe, nämlich in denen des Haloanders, Baudoza, Miräus, Merlinus, Hugo a Porta, und der neuesten des Beck befinden sie sich. Diese Lesart vertheidiget auch DONELLUS Lib. III. Cap. 16. § 9. (Vol. II. pag. 205. edit. *Koenig.*)

res ei tradantur: — scituris tutoribus et curatoribus, *quod si inventarium facere neglexerint*, et *quasi suspecti ab officio removebuntur*, et poenis legitimis, quae contra eos interminatae sunt, subiacebunt, et postea *perpetua macula infamiae notabuntur* [3]).

5) Wenn der Tutor, schon vorher, ehe er die Vormundschaft erhielt, ein Verbrechen an dem Vermögen des Pupillen begangen hat, z. B. an einer Erbschaft, die demselben angefallen war, ehe er sie noch in Besitz nahm, das crimen expilatae hereditatis, oder nachher ein furtum; oder er hat in einer andern Vormundschaft gegen denselben treulos gehandelt.

L. 3. §. 5. *D. h. t.* Ulpianus *eod.* Quodsi quid admisit, *ante tamen admisit*, *quam tutor esset*, quamvis in bonis pupilli, vel *in tutela* [4]), non

3) Denn Ulpian sagt *L.* 7. *pr. D. de administr. tut et curat.* Tutor, qui repertorium non fecit, quod vulgo *inventarium* appellatur, *dolo fecisse videtur*, nisi forte aliqua necessaria et iustissima causa allegari possit, cur id factum non sit.

4) Die Worte: *vel in tutela*, haben den Auslegern Schwierigkeit gemacht, weil hier von dem Falle die Rede ist, wo der Tutor, noch ehe er Vormund wurde, gegen den Mündel und an dem Vermögen desselben ein Verbrechen begangen hat. *Guil.* Pauw Observation. iuris civ. Rom. libr. sing. Cap. XVII. §. 1. pag. 103. sq. (*Hagae Comitum* 1743. 8.) meint, der Schwierigkeit sey durch Aenderung der Interpunction abzuhelfen, wenn man das Unterscheidungszeichen nach den Worten: *vel in tutela* wegstreicht, und also folgendermassen liest: vel in tutela non potest suspectus postulari. Der Sinn sey also der, wenn jemand, noch ehe er Vormund wurde, etwas

potest suspectus tutor postulari, quia delictum tutelam praecessit: proinde si pupilli substantiam expilavit, sed ante quam tutor [5]) esset, accusari debet *expilatae hereditatis crimine*, si minus, *furti.*

begangen hat, sey es auch selbst an dem Vermögen des Pupillen; so könne er doch, wenn er nachher Vormund geworden, deswegen nicht als suspect postulirt werden. Allein weit natürlicher ist die Erklärung des *Hug.* Donellus Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 16. §. 11. (Vol. II. pag. 206. edit. cit.) welcher die Worte *in tutela* von einer tutela alia versteht, die der Vormund schon früher über den Mündel verwaltet hat. Die Richtigkeit dieser Erklärung ergiebt sich aus *L.* 3. §. 7. *et* 8. *D. h. t.* Eben so hat diese Worte auch Pothier in Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. XV. not. e. pag. 122. erklärt.

5) *Ant.* Faber in Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XXV Princ. I. Illat. 7. §. Illud. pag. 1162. hat hier die Bemerkung gemacht, daß die Lesart *tutor* offenbar unrichtig sey, und vielmehr *heres* gelesen werden müsse. Für die Nothwendigkeit dieser Emendation spricht der ganze Zusammenhang. Denn daß hier von einem solchen Tutor die Rede sey, welcher sich schon vorher an dem Vermögen des Pupillen vergangen hat, ehe er noch Vormund wurde, ist schon vorher gesagt. Es sollte also hier nur der Unterschied zwischen der accusatio expilatae hereditatis und der actio furti angegeben werden. Dieser Unterschied besteht nun gerade darin, daß das crimen expilatae hereditatis nur in dem Falle zur Anklage gebracht werden kann, wenn der Erbe die Erbschaft noch nicht angetreten, oder zwar dieselbe angetreten, aber die erbschaftlichen Güter noch nicht in Besitz genommen hat. Denn auf diesen Fall ist die actio furti nicht anwendbar, wie Ulpian *L.* 2. §. 1. *D. Expilatae hereditatis* (XLVII. 19.) sagt. Die actio furti findet erst dann

Daß einen Vormunde, der schon vorher eine dem Pupillen angefallene Erbschaft ausgeplündert, oder den Pupillen bestohlen hat, nicht zur Vormundschaft desselben gelassen werden könne, versteht sich von selbst. Er muß also removirt werden. Allein es bedarf hier nicht gerade der postulatio suspecti, weil die accusatio expilatae hereditatis oder die actio furti Statt findet.

Hat aber der Vormund schon eine frühere Tutel schlecht verwaltet, und er ist nachher Curator seines Pfleglings geworden; oder die Tutel endigte sich noch vor dem Eintritt der Pubertät, weil sie vom Vater des Mündels nur bis auf eine bestimmte Zeit, oder bis zum Eintritt einer Bedingung angeordnet war, und der Prätor hat denselben Tutor aufs neue bestellt; so sind hier eigentlich zwey Tutelen vorhanden, die vorige geendigte, und die neubestellte. Die accusatio suspecti findet daher nur dann Statt, wenn kein concurator, oder contutor vorhanden ist, welcher die actio tutelae gegen den Vormund anstellen könnte, weil doch in Rücksicht der schlecht geführten Vormundschaft sein Amt geendiget ist, wie ebenfalls **Ulpian** bemerkt, wenn er L. 3. §. 6. 7. 8. et 11. h. t. sagt:

§. 6. Quaeri potest: si tutor fuerit pupilli, idemque sit curator confirmatus adolescenti, an possit ex delictis tutelae suspectus postulari? Et quum possit tutelae a *concuratoribus* conveniri,

Statt, wenn der Erbe den Besitz der erbschaftlichen Sachen ergriffen hat. Nun hängt alles vollkommen zusammen, wenn so gelesen wird; *proinde si pupilli substantiam expilavit, sed ante quam* HERES *esset, accusari debet* EXPILATAE HEREDITATIS *crimine: sin minus,* FURTI. S. auch POTHIER Pand. Justin. T. II. h. t. Nr. XV. not. f.

consequens erit dicere, *cessare suspecti accusationem, quia tutelae agi possit deposito officio et alio sumto.*

§. 7. Item erit quaerendum: si proponas, aliquem desiisse esse tutorem, et rursum coepisse, (utputa usque ad tempus, vel ad conditionem erat datus, deinde iterum, vel superveniente conditione testamentaria, vel etiam a Praetore postea datus est) an suspectus postulari possit? Et quia *duae tutelae* sunt, *si est, qui eum tutelae iudicio conveniat, aequissimum erit dicere, cessare crimen suspecti.*

§. 8. Si autem ipse tutor est solus, numquid, quia tutelae cessat, removendus sit ab hac administratione, quasi *in hac* [6]) suspectus ex eo, *quod in alia* [7]) *male versatus sit* [8])? Ergo et in eo,

6) Die Worte *in hac* fehlen bey Haloander. Er liest mit Hinweglassung derselben: quasi suspectus ex eo. Gratama cit. Praelection. pag. 388. glaubt auch, daß sie wegzustreichen sind. Sie scheinen ihm aus dem Vorhergehenden ab hac unrichtig wiederholt zu seyn. Allein mir scheinen sie der Deutlichkeit wegen gesetzt zu seyn, und irren uns daher nicht im mindesten.

7) In alia lesen die meisten Ausgaben. Die Florentinische hingegen, mit der auch Haloander übereinstimmt, hat in aliam. Jener giebt Brenkman den Vorzug, die Florentinische aber sucht *Jo. Ger. Christ.* Rücker in Diss. ad L. 6. §. 1. π. Quemadm. servitut. amitt. (*Lugd. Batav.* 1751.) Cap. I. Sect. II. not. e. (in *Ger.* Oelrichs *Thes. Dissertat. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. pag. 276.) zu vertheidigen. Er zeigt, daß diese Construction weder den Gesetzen der Pandecten, noch den Klassikern, selbst dem Cicero, nicht fremd sey.

qui curator solus post finitam tutelam confirmatus est, idem dici potest.

8) Gratama c. l. macht das Fragzeichen nach suspectus, und will statt ex eo lieber *et est* lesen. Es scheint freylich auffallend zu seyn, daß nach der gemeinen Lesart Ulpian hier eine Frage aufzuwerfen scheint, ohne sie zu beantworten. Allein Gratama hätte bedenken sollen, daß diese Frage von der Art sey, daß sie nur, der äussern Fassung der Worte nach, das Ansehen einer Frage hat, in der That aber dasjenige, wovon die Frage ist, in sich selbst deutlich genug bejaht. Eine solche Art sich auszudrücken, ist bey den Römischen Juristen gar nicht ungewöhnlich, ja sie setzen sogar darin eine Art von rednerischer Schönheit. Beyspiele geben Gajus *L.* 57. §. 1. *D. de eviction.* Celsus *L.* 6. §. 1. *D. Quemadm. servitut. amitt.* Marcellus *L.* 38. §. 1. *D. mandati.* Papinian *L.* 34. §. 1. *D. de statu liberis*, und unser Ulpian *L.* 3. *D. de testam. milit.* In allen diesen Stellen tragen die Röm. Juristen eine Frage auf eine solche Art vor, daß ihre Meinung sich daraus von selbst ergiebt. Man sehe Rückeri Diss. cit. c. l. pag. 275. sq. Dieß ist nun auch gerade in unserer *L.* 3. §. 8. *h. t.* der Fall, wo die bejahende Antwort schon in der Frage selbst liegt, und durch den Nachsatz: *Ergo et in eo, qui curator solus post finitam tutelam confirmatus est, idem dici potest*, vollends ausser allen Zweifel gesetzt wird, wie auch *Ger.* Noodt in Commentar. ad Dig. h. t. §. *Haec ita Ulpianus.* pag. 567. bemerkt hat. Selbst wenn wir diese Stelle in unsere Sprache übertrügen, würde die Frage schon die Antwort selbst aussprechen. „Wenn aber, sagt Ulpian, dieser Vormund selbst nur der einzige ist, sollte nicht derselbe, weil hier die actio tutelae nicht angestellt werden kann, von dieser Verwaltung zu entfernen seyn, da er sich in Ansehung derselben durch die schlechte Ver-

§. 11. Si curator ventri bonisque datus, fraudulenter versatus sit, deinde tutor datus, *an postulari suspectus propter fraudes in cura admissas possit?* dubitari potest. Et si quidem habet contutores, non poterit postulari, quia conveniri potest: si non habet, amoveri poterit.

Außerdem kann endlich 6) auch jede andere rechtmäßige Ursache, welche einen gegründeten Verdacht erweckt, daß Jemand die Vormundschaft nicht treu verwalten werde, z. B. Feindschaft gegen den Pupillen oder deßen Eltern, die Obrigkeit berechtigen, einen solchen von der Vormundschaft zu entfernen, wie ebenfalls Ulpian *L.* 3. §. 12. *D. h. t.* sagt:

Si tutor inimicus pupillo parentibusve eius sit, et generaliter, *si qua iusta causa Praetorem moverit, cur non debeat in ea tutela versari, reiicere eum debebit* [9]).

Nach der gewöhnlichen Lehre [10]) sagt man, daß die-

waltung der frühern Tutel offenbar verdächtig gemacht hat? Das Nämliche gilt auch von einem Curator, wenn er, nach geendigter Tutel, allein als solcher bestätigt worden ist." Die Glosse will hier subintelligiren: *et certe sic*, was Gratama durch seine Emendation aus dem Text selbst zu erwirken versucht hat.

9) Beyspiele geben *L.* 20. *D. de excusat.* *L.* 27. §. *ult.* *D. de testam. tut.* *L.* 8. *et* 9. *D. de confirm. tut.* *L.* 21. §. 2. *D. de tutorib. et curator. dat.* Man sehe auch noch besonders Donellus Lib. III. Cap. 10.

10) S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 1. *Corn. van* Eck Princip. iuris civ. secund. ord. Dig. P. II. h. t. §. 1 et 2. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *Suspe-*

jenigen, welche noch nicht verwaltet haben, sondern wegen eines gegen sich erweckten Verdachts nicht zur Administration gelassen werden dürfen, nur als QUASI *suspecti* removirt würden. Diese Remotion könne auch ohne Anklage von obrigkeitlichen Amtswegen geschehen. So will man die Stelle bey Ulpian *L.* 4. §. 4. *D. h. t.* verstehen, wenn er sagt: Qui nihil gesserunt, non possunt *suspecti postulari*, verum ob ignaviam, vel negligentiam, vel dolum, (si dolo fecerunt) *possunt removeri.* Besonders soll dieses die Stelle in den Institutionen bestärken, wenn Justinian §. 5. *h. t.* sagt:

Sed et antequam incipiat tutelam gerere tutor, posse eum *quasi suspectum* removeri.

Allein diese Lehre beruhet auf einem bloßen Mißverstande. Der Ausdruck *quasi suspectus* ist kein technischer, sondern quasi suspectus heißt nichts anders, als *tanquam* suspectus, oder *ut* suspectus, er kann als suspect, als verdächtig entfernt werden. Anders versteht auch Theophilus diesen Ausdruck nicht, der so übersetzt hat: ὡς σούσπεκτος ἀποκινεῖσθαι δύναται, *ut suspectus removeri potest.* Die andere Stelle, welche schon den Glossatoren zu schaffen gemacht hat, denn die Glosse enthält vier verschiedene Erklärungen darüber [11]), spricht von *quasi suspectis* mit keinem

ctum. in fin. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Institut. h. t. §. 5. *Desid.* D'HAUW cit. Diss. Cap. 5. u. a.

11) Sie sagt, man könne das Gesetz 1) so verstehen, daß diejenigen, die noch nicht verwaltet haben, zwar nicht accusirt, aber per officium iudicis removirt werden könnten. Oder 2) so, daß vor der Gestion nur eine Anklage ex dolo oder contumacia, während der Administra-

Worte. Man will nur daraus folgern, daß diejenigen, welche sich noch nicht der Administration unterzogen haben, und doch eben deswegen, weil es aus Faulheit oder Nachlässigkeit, oder wohl gar aus betrüglicher Absicht geschehen ist, removirt werden können, nur im uneigentlichen Verstande suspecti genennt werden könnten. Allein man irrt offenbar. Ulpian läugnet keinesweges, daß diejenigen, qui nihil gesserunt, als suspect angeklagt und removirt werden könnten. Nein, er will nur soviel sagen, daß derjenige, welcher, als bestellter Tutor, sich der Administration nicht ungesäumt unterzogen hat, deswegen noch nicht gleich als suspect postulirt werden könne, sondern nur dann, wenn sich aus dem Erfolge ergebe, daß dieses Säumen eine offenbare Faulheit, oder Nachlässigkeit, oder wohl gar einen Dolus zum Grunde habe [12]. Warum sollte hier der tutor nur *quasi* suspectus heißen? Ist es nicht einerley, ob er den Pupillen durch schlechte Verwaltung, oder durch Nichtverwaltung der ihm übertragenen Tutel gefährdet hat? Ein Vormund, der wirklich die Tutel nicht treu verwaltet, heißt ja nur darum sus-

tion aber eine Remotion nicht nur ob dolum, sondern auch ob ignaviam vel negligentiam Statt finden könne. Nach dieser Erklärung hieße denn: si dolo fecerunt, soviel als administraverunt. Oder 3) wie Andere sagen, so, daß der Vormund darum, weil er nicht gerirt hat, nicht gleich removirt werden könne, wenn er es nicht wegen einer in dem Gesetz angeführten Ursache unterlassen hat. Oder endlich 4) so, daß der Vormund nicht nach den Worten der XII Tafeln, sondern ex mente earum removirt werden könne.

12) Man sehe über diese Gesetzstelle Vollenhove Diss. cit. Cap. VI. §. 7. und Pothier Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. XVI. not. a. pag. 123.

pect, weil er durch seine schlechte Verwaltung den Verdacht gegen sich erweckt hat, daß er auch künftig die Vormundschaft nicht besser führen werde. Ist denn nun also nicht auch derjenige Vormund eben so gut suspectus zu nennen, der zwar noch nicht administrirt, aber durch sein Betragen den Verdacht erregt hat, daß er die Vormundschaft schlecht führen werde? Und in der That nennen ihn auch die Gesetze selbst suspect. Man vergleiche nur die *L.* 7 .§. 3. *D. h. t.* *L.* 2. §. 41. *D. ad SCtum Tertyll.* (XXXVIII. 17.) und *L.* 2. *et* 3. *Cod. h. t.*

Aus diesem Allen erscheint also die Richtigkeit des oben gegebenen Begriffs vom tutor suspectus, mit welchem auch Hofacker[13]) übereinstimmt, wenn er sagt: SUSPECTUS dicitur is, *qui suspicionem iustam praebet*, *se in tutela male versaturum esse*, quod aestimatur vel ex eo, quod *adpareat*, illum tutelam ex fide non gessisse, licet solvendo sit; vel quod his moribus praeditus sit, ut in *suspicionem* veniat tutelae perperam administratae, (vel *administrandae.*)

§. 1348. a.

Wegen welcher culpa kann ein Vormund als suspect postulirt, und entfernt werden?

Da das Gesetz der XII. Tafeln, zu Folge der, wenn gleich unvollständigen, Nachricht, die wir dem Cicero verdanken, nur vom dolus malus des Tutors spricht; so scheint ursprünglich die postulatio suspecti nur wegen vorsetzlicher Verletzung vormundschaftlicher Pflichten Statt gefunden zu haben. Daß sie auch wegen bloßer Vernach-

13) Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 675.

läßigung derselben zuläßig ist, scheint blos auf der Interpretation zu beruhen. Denn wozu hätte sonst Ulpian nöthig gehabt, noch einen Grund beyzufügen, warum ein Vormund auch ob latam negligentiam als suspect removirt werden könne, nämlich: quia ista prope fraudem accedit [14]), wenn das Gesetz der XII Tafeln auch der culpa gedacht hätte? Allein gerade dieser Grund hat den Zweifel erweckt, ob auch ein Vormund wegen einer geringern Nachläßigkeit seines Amts entsetzt werden könne? Mehrere Rechtsgelehrte [15]) haben kein Bedenken gefunden, diese Frage zu verneinen, weil der angeführte Grund nicht auf die culpa levis anwendbar sey, und alle diejenigen Gesetze [16]), welche von einer Remotion des Tutors wegen einer Culpa sprechen, nur von einer culpa lata verstanden werden könnten, wenn nicht die größte Unbilligkeit daraus entstehen soll.

Allein wenn nach dem Begriff des Kaisers Justinian derjenige Tutor *suspectus* ist, qui non *ex fide* tutelam gerit, d. h. der seine Pflichten als Vormund nicht erfüllt, wenn ferner, wie die Institutionen §. *ult. h. t.* nach Ulpian lehren, blos aus dem Betragen des Vormundes beurtheilt werden soll, ob der Vormund für suspect zu halten sey, (si *moribus* talis est, ut *suspectus* sit); so hat es wohl an sich keinen Zweifel, daß sich ein Vor-

14) *L.* 7. §. 1. *D. h. t.*

15) Struv Synt. iuris civ. P. II. Exerc. XXXI. §. 52. in fin. Dav. Ge. Struben rechtliche Bedenken. 1. Th. Bed. 85. Lauterbach Colleg. theor. pr. Pand. P. II. h. t. §. 10. Gebr. Overbeck Meditationen über verschied. Rechtsmaterien. 3. B. Medit. 165 und 166. u. a. m.

16) *L.* 3. §. 18. *D. h. t.* *L.* 9. *C. eodem.* §. 6. *I. eodem.*

mund durch culpa levis suspect machen könne [17]). Kann er aber auch deswegen seines Amts entsetzt werden? Um eines jeden geringen Versehens willen einen Vormund sogleich absetzen zu wollen, würde freylich hart, und gewiß auch dem Willen der Gesetze nicht gemäß seyn. Denn mores tutoris setzen eine öftere Wiederholung voraus, wodurch sich eine zur Gewohnheit gewordene Lebens- und Handlungsweise gebildet hat. Varro sagt bey Macrobius [18]): *Morem* esse in iudicio animi, quem sequi debeat *consuetudo*, *morem* igitur praecedere, sequi *consuetudinem*. Und Quinctilian [19]) drückt das Nämliche aus, wenn er sagt: *Moribus* quidem omnes habitus mentis contineri. Von dem Vormund aber, der einmal bey Verwaltung der Vormundschaft ein geringes Versehen zu Schulden gebracht hat, läßt sich noch nicht sagen, er sey ein träger und nachlässiger Mensch. Nein, er muß mehrmalen aus Faulheit und Nachlässigkeit solche Fehler begangen haben, welche der Obrigkeit die Ueberzeugung geben, daß sie ihm nicht länger die Vormundschaft anvertrauen könne. Hier sagen selbst diejenigen, welche der entgegengesetzten Meinung sind [20]), daß die Obrigkeit eine Aenderung vornehmen, und des Unmündigen Person und Güter in bessere Hände bringen müsse. Dieß ist nun auch ohne Zweifel der Wille der Gesetze [21]), wenn sie die

17) S. Höpfner's Commentar über die Heineccischen Institutionen. §. 249.

18) *Saturnalior. Lib. III.* Cap. 8.

19) *Institution. Orator.* Lib. VI. Cap. 2. Tom. I. pag. 518. (*edit. Burman.*)

20) S. z. B. Struben a. a. O.

21) *L. 3. §. ult. D. h. t. L. 2. §. 41. D. ad SCtum Tertyll. L. ult. Cod. h. t.* Auch wenn Justinian §. 6.

Remotion eines Vormundes ob segnitiem, vel rusticitatem, inertiam, simplicitatem, vel ineptiam ausdrücklich billigen. Es würde aber offenbar gegen den bekannten juristischen Sprachgebrauch streiten, wenn man diese Ausdrücke blos von einer culpa lata erklären wollte. Sie bezeichnen vielmehr das Gegentheil der diligentia, quam quivis paterfamilias idoneus rebus suis praebere solet, und welche die Gesetze von den Vormündern bey der Verwaltung des Vermögens ihrer Pflegbefohlnen erfordern [22]. Dieß ist aber nicht die culpa lata, welche unter der Benennung von dolus schon mit begriffen ist, sondern die so genannte culpa levis [23]. Mit Recht sagt

I. h. t. bey der Remotion des Tutors die culpa dem dolus entgegensetzt, so ist nach einer bekannten juristischen Terminologie unter der culpa, insofern sie, wie hier, dem dolus entgegengesetzt wird, immer die culpa levis zu verstehen. S. Vinnius Comm. ad §. 6. I. h. t. nr. 3.

22) *L.* 10. *L.* 33. *D. pr. D. de administr. et peric. tutor. et curat.*

23) Vollenhove cit. Diss. Cap. VI. §. 3 — 6. hat dieses ausser allem Zweifel gesetzt. Diese richtigere Meinung vertheidigen auch *Paul.* Montanus de iure tutel. et curation. Cap. XXXVI. nr. 5. et Reg. III. nr. 5. et 8. *Matth.* Wesenbec Commentar. in Pand. h. t. nr. 7. *Ant.* Faber Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XXV. Princ. 2. pag. 1165 sq. *Ant.* Perez Praelect. in Cod. h. t. §. 1. *Jo. Jac.* Wissenbach Comment. ad L. ult. Cod. h. t. pag. 483. *Jo.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 7. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 547. und von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. B. IV. Buch. §. 421. der 3. Aufl.

daher Voet [24]: Rusticitatem et segnitiem, ineptiam ac simplicitatem praecise latae velle adscribere culpae, ineptum est.

§. 1348. b.

Einzelne in den Gesetzen angeführte Ursachen, aus denen verwaltende Vormünder als suspect removirt werden können.

In den Gesetzen werden mehrere einzelne Ursachen angeführt, aus welchen Vormünder, jedoch nur gerirende, als suspect abgesetzt werden können. Am ausführlichsten hat sie Ulpian angegeben. Nunc videamus, sagt er, *L.* 3. §. 5. *D. h. t. ex quibus causis* suspecti removeantur? Donellus [25]) aber hat sie in folgender Ordnung zusammengestellt.

1) Wenn der Vormund seinem Mündel den Unterhalt nicht gehörig verabreicht, so daß die Obrigkeit sich genöthiget sieht, sich dieser Sorge selbst zu unterziehen. Hat sich der Vormund unsichtbar gemacht, so daß er auch selbst auf Vorladung der Obrigkeit nicht wieder zum Vorschein kommt; so kann der Pupill, nach einer Constitution der Kaiser Severus und Antoninus, in den Besitz der Güter des Vormundes zur Erhaltung derselben gesetzt, und ein Curator bestellt werden, der die durch die Zeit verderbenden Sachen verkaufen muß; der Vormund selbst aber kann als suspect abgesetzt werden. Ist der Vormund gegenwärtig, und giebt fälschlich vor, das Vermögen des Mündels reiche nicht zum Unterhalt desselben

24) Comm. c. l.

25) Comment. de iure civ. Lib. III. Cap. 16. §. 7. et 8.

zu; so wird er nicht nur abgesetzt, sondern noch außerdem bestraft [26]).

L. 3. §. 14. *D. h. t.* ULPIAN. *lib. XXXV. ad Edictum.* Tutor, qui ad alimenta pupillo praestanda copiam sui non faciat, *suspectus* est, poteritque removeri.

§. 15. Sed si non latitet, sed praesens nihil posse decerni contendat, quasi inopi, si datis pupillo advocatis, in mendacio revincatur, ad Praefectum urbi remittendus est. — Hic ergo non quasi suspectus removebitur, sed remittetur puniendus ea poena, qua solent affici, qui tutelam corruptis ministeriis Praetoris redemerunt.

L. 7. §. 2. *D. h. t.* ULPIAN. *libro I. de omnibus Tribunalibus.* Praeterea accesserunt quaedam species ex epistola Imperatoris nostri et divi SEVERI ad Atrium Colonum [27]). Nam adversus eos, qui, ne alimenta decernantur, sui copiam perseverant non facere, ut suis rebus careant, praecipitur, reique servandae causa pupillus in possessionem

26) *Ant.* FABRI Jurispr. Papinian. Tit. XXV. Princ. II. Illat. 5. pag. 1166. sq. und *Jan. a* COSTA Commentar. ad §. 9. J. h. t.

27) So lesen die meisten Ausgaben, auch die neueste von Beck. Die florentinische Ausgabe aber hat ad *Atriunculonium.* Die richtigste Lesart ist wohl die, welche Miräus und Merlinus haben, nämlich ad *Atrium Clonium.* Denn ein ATRIUS CLONIUS kommt auch in den Inscriptionen bey GRUTERUS Inscript. pag. 365. nr. 7. und pag. 1091. nr. 5. vor.

mittitur eius, qui suspectus *sententia sua* [28]) factus

28) Statt sententia wollen Einige *absentia* lesen, besonders *Ant.* Faber in Jurisprud. Papinian. scient. Tit. XXV. Princ. II. Illat. 5. pag. 1166. und *Ev.* Otto in Comm. ad §. 9. J. h. t. Russard und Charondas bemerken auch diese Lesart, als eine Variante. Allein die gemeine Lesart vertheidigt mit Recht *Ant.* Schulting in Notis ad Dig. s. Pandect. a *Nic.* Smallenburg edit. adjectis animadvers. Tom. IV. ad h. L. pag. 452. Der Sinn ist, ein Vormund, der sich unsichtbar macht, und geschehen läßt, daß der Pupill in den Besitz seiner Güter gesetzt, und ein Güterverwalter bestellt wird, hat sich gleichsam selbst sein Urtheil gesprochen, nämlich daß er dadurch suspect geworden, und daher abzusetzen sey. Auf gleiche Weise drückt sich der K. Honorius in *L.* 27. *Cod. Theod. de petitionib. et ultrodatis et delator.* (X. 10.) aus, wenn er von dem Eigenthümer, dessen Güter von einem petitor oder delator als caduca in Anspruch genommen worden sind, wenn er die ihm zu seiner Vertheidigung, um gegen die Habsucht der petitorum gesichert zu seyn, in der Constitution gesetzte Jahresfrist nicht streng beobachtet, sagt: Sciat, *se ipsum in se tulisse sententiam*, nec subeundi ultra certaminis experiundam esse fortunam. Eben so sagt Quinctilianus *Declamat. CCCLXXII.* Turpe: *damnaberis* tuo iudicio *in perpetuum:* quanto gravius est a se *damnari.* Auch sehr treffend sagt Justinian *Nov. LIII. Cap.* 4. *pr.* reum fere *sui accusatorem* per fugam factum. Dieser Redegebrauch ist besonders bey den Kirchenvätern gewöhnlich, wovon *Jac.* Gothofredus in nota o. ad L. cit. 27. Cod. Theod. Tom. III. pag. 480. (edit. *Ritt.*) und *Rad.* Fornerius Rerum Quotidian. Lib. VI. Cap. 21. (in *Thes. Jur. Rom. Otton.* Tom. II. pag. 302.) mehrere Beyspiele angeführt haben.

est, quaeque mora deteriora futura sint, curatore dato, distrahi iubentur.

In den Institutionen §. 9. *et* 10. h. t. sind diese Gesetze ins Kurze also zusammengezogen worden.

Si quis tutor copiam sui non faciat, ut alimenta pupillo decernantur, cavetur epistola Divorum Severi et Antonini, ut in possessionem bonorum eius pupillus mittatur, et quae mora deteriora futura sunt, dato curatore distrahi iubentur. Ergo ut suspectus removeri poterit, qui non praestat alimenta.

Sed si quis praesens negat, propter inopiam alimenta non posse decerni, si hoc per mendacium dicat, remittendum eum esse ad Praefectum urbi puniendum, placuit.

2) Wenn der Vormund arglistig, oder auf das Gerathewohl seinen Pupillen eine Erbschaft ausschlagen ließ, die gleichwohl für ihn vortheilhaft gewesen wäre. Dem Vormunde ist dieß um so weniger zu verzeihen, da dem Pupillen, wenn er auch in seiner Erwartung wäre getäuscht worden, auf jeden Fall die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen eine übereilte Antretung der Erbschaft zu Statten gekommen wäre[29].

L. 3. §. 17. *D. h. t.* Ulp. Is tutor, *qui inconsiderate pupillum vel dolo abstinuit hereditate*, potest *suspectus* postulari.

3) Wenn er Sachen des Pupillen, welche nicht ohne

29) S. Fabri Jurispr. Papin. Tit. XXV. Pr. II. Illat. 8. pag. 1168. und Pothier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XIV. not. d.

obrigkeitliches Decret veräussert werden durften, betrüglicher Weise verkauft hat. Daß eine solche Veräusserung an sich nichtig sey, versteht sich ohnehin. Daß aber Vormünder in diesem Falle auch als suspect removirt werden können, haben die Kaiser Severus und Antoninus rescribirt.

L. 3. §. 13. *D. h. t.* Ulp. Severus et Antoninus rescripserunt Epicurio: tutores, *qui res vetitas sine decreto distraxerunt*, nihil quidem egisse, verum si *per fraudem* id fecerunt, *removeri eos oportere.*

4) Wenn er Sachen des Mündels zwar auf eine erlaubte Art verkaufte, aber durch Bestechung zu wohlfeil dem Käufer überließ; oder sonst Etwas von den Sachen des Mündels unterschlagen hat.

L. 3. §. 5. *D. h. t.* Et sciendum est, aut ob dolum in tutela admissum suspectum licere postulare, si forte grassatus in tutela sit, aut quod *sordide* egerit vel *perniciose* pupillo, vel *aliquid interceperit ex rebus pupillaribus iam tutor.*

5) Wenn er dem Mitvormunde die Mittheilung der Rechnung über die geführte Administration verweigert.

L. 19. *D. de administrat. et peric. tutor. et curator.* Ulpian. *libro I. Responsorum.* Actus sui rationem tutorem contutori reddere non esse compellendum, *sed nisi cum eo administrationem communicet*, — *suspectum postulari posse.*

Endlich 6) wenn sich der Vormund hartnäckig weigert, das vorhandene baare Geld des Mündels zum Ankauf von Grundstücken zu verwenden, oder solches sicher

zu hinterlegen, bis sich eine Gelegenheit zum Ankaufe findet. Vormünder geringen Standes sollen deshalb mit Gefängniß bestraft, und überdem für suspect gehalten werden.

L. 3. §. 16. *D. h.* t. Ulp. Tutores, — qui *pecuniam neque ad praediorum emtionem conferre, neque deponere pervicaciter perstant*, quoad emtionis occasio inveniatur, vinculis publicis iubentur contineri, et *insuper pro suspectis habentur.* Sed sciendum est, non omnes hac severitate debere tractari, sed utique humiliores: ceterum eos, qui sunt in aliqua dignitate positi, non opinor vinculis publicis contineri oportere.

§. 1349.

Welche Vormünder können als suspect angeklagt werden?

Ist eine rechtmäßige Ursache des Verdachts vorhanden, so können alle Vormünder als suspect angeklagt werden, sie mögen testamentarische, oder gesetzliche, oder obrigkeitlich bestellte Vormünder seyn. Ulpian sagt *L.* 1. §. 5. *D. h. t.*

Nunc videamus, *qui suspecti fieri possint?* Et quidem *omnes tutores* possunt, sive *testamentarii* sint, sive *non sint*, sed *alterius generis tutores.* Quare et si *legitimus* sit tutor, accusari poterit [30]).

30) Diese Stelle ist wörtlich in die Institutionen aufgenommen §. 2. *h. t.* Da steht auch das *sive non sint, sed* etc. Schrader in seinen Bemerkungen über Berichtigung des Textes der zum Corpus iuris civ. gehörigen Rechtsbücher. (in Hugo's civilist. Magazin. IV. B.

Es ist nun zwar hier blos von **Tutoren** die Rede; es ist jedoch keinem Zweifel unterworfen, daß auf gleiche Weise auch **Curatoren** aller Art als suspect accusirt werden können. **Ulpian** lehrt dieses nicht nur im Allgemeinen, wenn er *L.* 19. *in fin. D. de adm. et peric. tut. et curator.* sagt:

Si non ex fide *curam* gerat, suspectum postulari posse;

sondern er zeigt dieses auch *L.* 3. §. 2. *et* 3. *D. h. t.* bey den einzelnen Arten der Curatoren, wo er sagt:

Non tantum autem *adolescentis curator*, sed etiam *furiosi*, vel *prodigi* ut *suspectus* removeri potest.

Sed et si quis *curam ventris bonorumve* administrat, non carebit huius criminis metu [31]).

Der Kaiser **Alexander** gedenkt daher in der *L.* 5. *C. h. t.* beyder, der **Tutoren** und **Curatoren**, ohne Unterschied. Wahrscheinlich ist die postulatio suspecti erst später durch die Interpretation auf die Curatoren angewendet worden [32]).

S. 417.) hält diese Worte nicht ohne Grund für ein Glossem. Denn **Theophilus** in seiner griechischen Paraphrase hat blos: εἴτε εἰσὶ τεσταμεντάριοι, εἴτε ἑτέρου γένους, i. e. *sive testamentarii sint*, *sive alius generis*. Diese Lesart verdient allerdings den Vorzug. Die gemeine Lesart: *sive non sint*, findet sich jedoch, wenn auch in einigen, z. B. in der **Cujazischen**, das sint fehlt, in allen Ausgaben, die ich verglichen habe, glossirten, und nicht glossirten.

31) S. *Ant.* Fabri Jurispr. Papinian. Tit. cit. XXV. Princ. I. Illat. 5. pag. 1158. et Illat. 7. §. 6. pag. 1165.

32) S. *Ant.* Faber c. l. Princ. I. Illat. 4. pag. 1157. und

Es findet jedoch unter den verschiedenen Arten der Vormünder in Absicht auf deren Remotion, wenn sie als suspect angeklagt werden, ein mannichfacher Unterschied Statt. Denn soviel

1) die testamentarischen Vormünder betrifft; so ist wegen des besondern Vertrauens, welches der Vater zu ihrem Fleiße und Redlichkeit hat, weswegen sie auch von der Cautionsleistung frey sind, in einer Constitution des Kaisers Alexander verordnet, daß sie nicht wegen bloßer Nachläßigkeit, sondern nur dann als suspect angeklagt werden können, wenn sie sich eines begangenen Betrugs schuldig gemacht haben [33].

L. 4. *C. h. t.* Etiam testamento patris tutorem datum suspectum postulare potes, *si fraudem tutoris argueris.*

2) Wenn Vormünder durch die Bande des Bluts oder der Schwägerschaft mit dem Pupillen verbunden sind, oder wenn der Patron die Vormundschaft über den unmündigen Freygelassenen führt; so pflegen solche Vormünder auch gelinder behandelt zu werden. Statt sie abzusetzen, rathen die Gesetze, ihnen lieber einen Curator beyzuordnen, welcher die Verwaltung der Güter übernimmt. Haben sie sich jedoch einer solchen Untreue schuldig gemacht, daß man sie nicht beybehalten kann; so werden sie zwar abgesetzt, jedoch ohne Nachtheil ihrer Ehre, weil ihre Absetzung sonst den Pupillen selbst beschimpfen würde.

Jo. Vollenhove Diss. de suspectis tutorib. et curatorib. Cap. II. §. 4.

33) S. *Hug.* Donellus Commentarior. Lib. III. Cap. 16. §. 13. (Vol. II. pag. 207. sq. edit. *Koenig.*)

Die besondere Ursache ihrer Absetzung pflegt daher in dem Urtheile nicht angeführt zu werden, damit der gute Name derselben soviel möglich geschont werde. Justinian sagt dieses zwar in seinen Institutionen §. 2. nur vom Patron. Quid si *patronus?* Adhuc idem erit dicendum: *dummodo meminerimus*, *famae patroni parcendum*, *licet ut suspectus remotus fuerit* [34]. Bey dem Patron trat noch der besondere Grund ein, den Papinian *L.* 38. §. 9. *D. ad Leg. Juliam de adulteriis* anführt: nämlich Liberto patroni famam laces-

34) *Henr.* BRENKMAN de Eurematicis Diatriba s. in *Herennii* MODESTINI libr. sing. περι Ευρηματικῶν (*Lugd. Batav.* 1706. 8.) Cap. VI. §. V. nr. 9—16. hat zu beweisen gesucht, daß die Worte: *licet ut suspectus remotus fuerit*, für ein Glossem zu halten seyen, weil sie Ulpian *L.* 1. §. 5. *D. h. t.* nicht hat, woraus doch die ganze Stelle in den Institutionen genommen ist. Man glaubt auch, es ständen diese Worte mit den vorhergehenden: *famae patroni parcendum*, im Widerspruche. Ihm stimmt auch *Ger.* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. §. Ostendimus bey. Allein die Aechtheit dieser Worte beweist die griechische Paraphrase des Theophilus, wo sie so lauten: εἰ καὶ ὡς σούσπεκτος αποκινηϑῇ. Sie stehen auch mit den vorhergehenden Worten in keinem Widerspruche. Der Sinn derselben ist. „Wenn gleich der Patron wegen eines überwiesenen dolus seines vormundschaftlichen Amts wäre entsetzt worden; so solle doch zur Schonung seiner Ehre diese Ursache in dem Absetzungsdecrete nicht angezeigt werden." S. DONELLUS Lib. III. Cap. 16. §. 14. pag. 208. und VOLLENHOVE cit. Diss. Cap. IV. §. 2. et 3. Noch eher könnte man diese Worte für einen Zusatz vom Tribonian halten, wie auch VOLLENHOVE c. l. §. 2. dafürhält.

sere non facile conceditur. Daß dieses aber von allen gesetzlichen Vormündern gelte, ja sogar von denen, die auch nicht gerade mit dem Pupillen verwandt, sondern nur verschwägert sind, lehrt Modestinus *libro singulari de Eurematicis*, woraus die *L.* 9. *h. t.* genommen ist.

Si tutor aliquo vinculo *necessitudinis* vel *adfinitatis* pupillo coniunctus sit, vel si *patronus* pupilli liberti tutelam gerit, et quis eorum a tutela removendus videatur: *optimum factum*[35]) *est*, *curatorem ei potius adiungi*, *quam eundem cum notata fide et existimatione removeri.*

Aus den Worten *optimum factum est*, ergiebt sich, daß diese Schonung als eine Cautel gegen die Strenge des Rechts ist eingeführt worden. Solche Erfindungen der Röm. Juristen, als Mittel zur Milderung der Strenge des Rechts, nannte man *Eurematica*, wovon Modestinus in dem Buche gehandelt hat, woraus die *L.* 9. *h. t.* genommen ist. Ob nun gleich solche Cautelen an sich nicht obligatorisch sind, wie Brenkmann[36]) gegen den Widerspruch einiger Rechtsgelehrten klar bewiesen hat; so scheint doch diese Cautel in dem Gerichtsgebrauche gewöhnlich beobachtet worden zu seyn. Denn Justinian sagt in seinen Institutionen §. 5. *de Curatorib.* Inter-

35) Einige lesen optimum *factu* est, z. B. Haloander, Baudoza, Merlinus u. m. a. Allein die florentinische Lesart vertheidiget mit Recht *Jac.* Cujacius Observation. Lib. XII. cap. 32. aus Zeugnissen der besten Röm. Classiker, bey denen ein gleicher Redegebrauch vorkommt.

36) Cit. Diatr. Cap. VI. §. V. pag. 95. sq. S. auch Vollenhove Diss. cit. Cap. IV. §. 3.

dum et pupilli curatores accipiunt, utputa si legitimus tutor non sit *idoneus* [37]): quoniam habenti tutorem tutor dari non potest. Daß die Beyordnung eines Curators die Infamie ausschließe, sagt auch Ulpian *L.* 3. §. *ult. D. h. t.*

Sed et si quis ob fraudem non removerit aliquem, sed alium ei adiunxerit, *non erit famosus*, quia non est abire tutela iussus.

Da in dem obrigkeitlichen Decret nach Ulpian [38]) die Ursache der Remotion angeführt werden muß; so ist, wenn keine angegeben worden, die Remotion immer mit Vorbehalt der bürgerlichen Ehre zu verstehen [39]). Sind Mitvormünder da; so wird dem susspecten Vormunde blos die fernere Theilnahme an der Verwaltung untersagt, denn diese Untersagung gilt für eine Absetzung [40]). Die Beyordnung eines Curators ist hier nicht nöthig [41]). Bey

37) Daß das Wort *idoneus* nicht blos auf die Vermögens-Umstände, sondern auch auf sittliches Verhalten sich beziehe, hat *Scip.* Gentilis Parergor. ad Pand. Lib. I. Cap. 26. (in *Thes. J. R. Otton.* Tom. IV. pag. 1300.) aus vielen Zeugnissen der Röm. Classiker und der Pandecten dargethan. Man sehe auch Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. Poena. pag. 569.

38) *L.* 4. §. 1. *D. h. t.* Decreto igitur debebit causa removendi significari, ut appareat de existimatione.

39) *L.* 4. §. 2. *D. h. t.* Quid ergo, si non significaverit causam remotionis decreto suo? Papinianus ait: debere dici, *hunc integrae esse famae:* et est verum.

40) *L.* 4. §. 3. *D. eodem.* Si Praetor sententia sua non removerit tutela, sed gerere prohibuit, dicendum est, magis esse, ut et hic desinat tutor esse.

41) Man sehe *Jo.* Schilteri Herenn. Modestinus s. Fragmenta libri singular. quem περι ἑυρηματικῶν

Tutoren, welche nahe Verwandten von dem Mündel sind, pflegt gleiche Schonung der Ehre nach dem Gerichtsgebrauche auch sogar in dem Falle beobachtet zu werden, wo wegen unterlassener Errichtung eines Inventars bey andern Vormündern eine remotio notata existimatione erfolgen würde [42]).

Uebrigens sind untreue Vormünder abzusetzen, wenn sie auch gleich Caution durch Bürgen leisten wollten. Denn für den Pupillen ist es, wie Ulpian *libro III. Disputationem* [43]) sagt, immer besser, daß das Ver-

i. e. de cautelis scripserat MODESTINUS, Commentario illustrata. *Argentorati* 1687. 4. Cap. VI. §. 8. p. 57. sq.

42) S. SCHILTER Herennius Modestinus c. l. §. 9. p. 58. sq.

43) *L.* 5. *D. h. t.* Suspectus fieri is quoque, qui satisdederit, vel nunc offerat, potest: expedit enim pupillo, rem suam salvam fore, quam tabulas rem salvam fore cautionis habere. Bey dem Worte expedit muß *magis* subintelligirt werden, wie *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. Suspectum bemerkt. Daß dieses weggelassen wird, ist bey den Röm. Juristen und Classikern nicht ungewöhnlich. S. *Ant.* AUGUSTINUS Emendat. Lib. IV. cap. 8. Statt rem suam salvam *fore* hat Ulpian vielleicht, nach einer nicht unwahrscheinlichen Vermuthung Joh. Ortw. Westenbergs bey VOLLENHOVE cit. Diss. Cap. I. §. 3. not. b. HABERE geschrieben. Denn das *rem salvam* FORE wird ja durch Caution bewirkt. Das aber, was der Satisdation vorzuziehen, und für den Pupillen besser ist, ist vielmehr das *rem suam in praesenti* SALVAM HABERE. Es ist also wohl möglich, daß beym Abschreiben, statt zweymal *habere* zu schreiben, zweymal *fore* geschrieben worden sey. Die letzten Worte: *rem salvam fore* nach tabulas, die in allen Ausgaben stehen, fehlen bey Haloander. Seine Auctorität scheint mir aber nicht von dem

mögen desselben unverletzt bleibe, als wenn er sich im Falle einer erlittenen Verletzung zu seiner Entschädigung an die Caution halten, und diese vielleicht aufs Ungewisse gerichtlich verfolgen muß. Ueberdem würde auch, wie Callistratus *libro IV. Cognitionum* 44) noch hinzufügt, die Sicherheitsleistung doch die schlechte Gesinnung des Vormundes nicht ändern, sondern einem untreuen Vormunde nur noch mehr Gelegenheit verschaffen, das Vermögen seines Mündels verschwenden zu können. Armuth hingegen macht nicht verdächtig, und begründet daher an sich, wie Ulpian *libro LXI. ad Edictum* 45) sagt, keine Ursache zur Remotion. Denn bey einem Vormunde kommt es nicht auf das Vermögen, sondern nur auf Treue und redliche Gesinnung an. Ob also ein Vormund für suspect zu halten, beurtheilt man nicht aus den Vermögens-Umständen desselben, sondern aus seinem Verhalten, ob dieses so beschaffen ist, daß er als ein treuloser Vor-

Gewicht zu seyn, um die florentinische und gemeine Lesart zu verwerfen. Dennoch sind sie auch in der neuesten Ausgabe von Beck weggelassen worden.

44) *L.* 6. *D. h. t.* Quia satisdatio propositum tutoris malevolum non mutat, sed diutius grassandi in re familiari facultatem praestat. Diesen Grund hat auch Justinian in seinen Institutionen §. 12. *h. t.* zu dem seinigen gemacht. Statt in re familiari lesen mehrere Ausgaben, als Haloander, Baudoza, Merlin und Miräus, in re *pupillari.* Diese Lesart bestätiget auch die griechische Paraphrase des Theophilus, in welcher es heißt: ἀλλὰ παῤῥισίαν τοῦ ἐπὶ πλείονα χρόνον ἐπεντρυφᾷν τοῖς τοῦ νέου πράγμασιν αὐτῷ χορηγεῖ. i. e. *sed licentiam in longius tempus grassandi in* PUPILLI *bonis ei praebet.*

45) *L.* 8. *D. h. t.*

mund erscheint. Hierdurch unterscheidet sich, wie Ulpian *libro II. de omnibus Tribunalibus* [46]) bemerkt, ein suspectus tutor von einem suspectus heres. Denn die Gläubiger halten den Erben für suspect, wenn sie bey ihm wegen der Bezahlung ihrer Forderungen nicht gesichert sind. Daher können sie zu ihrer Sicherheit Cautionsleistung verlangen [47]). Ob also ein Erbe suspect sey oder nicht, hängt blos von den Vermögensumständen, und seiner Zahlungsfähigkeit ab. Darnach beurtheilt man aber nicht einen suspectus tutor. Bey diesem kommt es auf Gesinnung, Betragen und Character an [48]).

Sollte ja wegen der Armuth der Vormundes, ohngeachtet derselbe sich noch keiner betrüglichen Handlung schuldig gemacht hat, bey der Verwaltung der Vormundschaft einige Gefahr für das Vermögen des Pupillen zu besorgen seyn, so kann ihm nach einer Constitution des Kaisers Gordian ein Curator, welcher wohlhabend ist, beygegeben werden.

L. 6. *C. h. t.* Pietatis fungeris munere, qui fratris tui filios, ut necessitudo sanguinis suadet, protegere conaris. Si igitur tutores vel curatores eorum non recte administrant, suspectis eis postulatis, atque ostensis, ut alii in locum eorum constituantur, facile impetrabis. *Quodsi nihil in fraudem egerunt, verum ita egeni sunt, ut in eorum*

46) *L.* 31. §. 1. *D. de rebus auctorit. iudicis possid.* (XLII. 5.) S. oben S. 46.

47) *L.* 31. *pr. D. eod.*

48) S. *Jac.* Cujacii Observation. Lib. XVIII. cap. 39. und *Ulr.* Huberi Digression. Justinian. P. I. Lib. III. Cap. 26. pag. 250 — 252.

administratione fratris tui filiorum substantia periclitetur: an eis adiungendus sit curator, qui idoneus facultatibus sit, Rector provinciae aestimabit.

§. 1350.

Wer kann einen tutor oder curator suspectus anklagen? Auch Frauenspersonen? Die postulatio suspecti wird *quasi publica actio* genennt.

Der Klage gegen untreue Vormünder ist zum Besten der Pupillen die Eigenschaft beygelegt, daß es, wie bey einer öffentlichen Anklage, jedem Bürger erlaubt ist, sie anzustellen, weil dem Staate selbst daran gelegen ist, daß untreue Vormünder entfernt werden. Daher sagt Ulpian *libro XXXV. ad Edictum* [49]: Consequens est, ut videamus, qui possint suspectos postulare? Et sciendum est, *quasi publicam* esse *hanc actionem*, hoc est, omnibus patere. Eine wahre accusatio publica ist die Klage gegen untreue Vormünder nicht. Denn öffentliche oder peinliche Anklagen im eigentlichen Sinne werden nur diejenigen genennt, welche, wie Macer *libro I. de publicis iudiciis* [50] sagt, ex legibus iudiciorum publicorum ihren Ursprung herleiten, und vor der dazu authorisirten Criminalbehörde zur Bestrafung angebracht werden, und wo der Ankläger, wenn er die Anklage

49) *L.* 1. §. 6. *D. h. t.* Diese Stelle ist auch in die Institutionen §. 3. *h. t.* aufgenommen. S. *Ant.* FABRI Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XXV. Princ. I. p. 1145. *Jo.* VOLLENHOVE Diss. cit. Cap. V. und *Des.* D'HAUW Diss. cit. Cap. IV.

50) *L.* 1. *D. de public. iudiciis.* (XLVIII. 1.)

fallen läßt, in die Strafe des Senatusconsulti Turpilliani verfällt [51]. Die postulatio suspecti hingegen gründet sich nicht auf ein peinliches Verbrechen, wird vor dem Civilrichter angestellt, hat nur Remotion zum Zweck, und das Turpillianische Senatusconsultum findet hier keine Anwendung [52]. Theophilus nennt dieselbe zwar eine accusatio publica, *κατηγορία δημοσία*, und es ist ihm vom Marcilius [53]) sehr verargt worden, daß er das Wörtchen *quasi* vergessen habe. Allein er sagt ja nicht, daß sie wirklich eine öffentliche, d. i. eine peinliche Anklage sey, wie Sam. Petitus [54]) irrig behauptet, sondern sie ist, sagt er, *publica* in der Bedeutung, daß es Jedermann verstattet ist, diese Klage zu erheben. Theophilus sagt: *τουτέστι πᾶσιν ἀνθρώποις ἐπιτετράφθαι τὸ τοιοῦτον κινεῖν δικαστήριον.* i. e. *omnibus hominibus licere hoc movere iudicium.* In der That konnte auch Theophilus sein Original nicht treuer wiedergeben, als durch die einfache Uebersetzung, man soll wissen, daß man die Anklage untreuer Vormünder insofern

51) *L.* 1. §. 7. *sqq.* *L.* 6. *L.* 13. *L.* 15. *pr. D. ad Senatuscons. Turpill.* (XLVIII. 16.)

52) *L.* 1. §. 11. *D. ad SCtum Turpillian.* Suspecti tutoris accusatio pro tribunali tantum examinari potest, et nullus alius de huiusmodi quaestione, quam Praeses pronuntiare potest, et tamen, qui ab ea destitit, *Senatusconsulto* non tenetur. S. *Ev.* Otto und *Jan. a* Costa Commentar. ad §. 3. J. h. t.

53) Ad §. 3. J. h. t. (in *Jan. a* Costa Commentar. ad Institut. h. t. pag. 135.)

54) Ad. Leges Atticas. pag. 494. Die postulatio suspecti war auch bey den Atheniensern eine actio popularis. S. Pollux *Lib. VIII. cap.* 6.

als eine öffentliche zu betrachten habe, daß sie Jedermann ohne Unterschied anstellen kann. Wenn man also diese besondere Beschaffenheit der postulatio suspecti mit dem Namen einer *accusatio* QUASI *publica* belegt; so ist diese Benennung keineswegs für einen solchen Kunstausdruck zu halten, wie z. B. der Ausdruck *quasi* usus-fructus [55]).

Berechtiget zur accusatio ist also Jedermann, wenn er nur die Jahre der Pubertät erreicht hat. Verwandte, Verschwägerte und Fremde. Der Kaiser Gordian rescribirt an den Felix *L.* 6. *Cod. h. t.*

Removendi [56]) autem licentia non solum parentibus utriusque sexus, sed etiam cognatis, et extraneis, et adfinibus, et ipsi, cuius res administrantur, si non impubes sit, arbitrio cognatorum bonae opinionis constitutorum conceditur.

Nach dieser Verordnung werden also auch Minderjährige, wenn sie nur nicht impuberes sind, zur Anklage gegen ihre Vormünder, jedoch nur sofern ein Familienrath dafür gestimmt hatte, zugelassen. Eben dieses bestätigt auch Ulpian, wenn er *libro I. de omnibus Tribunalibus* [57]) sagt:

Impuberibus quidem non permittitur, tutores suspectos facere: *adolescentibus* plane volentibus suspectos facere curatores suos, permittitur, *dummodo ex consilio necessariorum id faciant.*

55) S. Theod. Max. Zachariä Institutionen des Röm. Rechts. h. t. S. 208. Anmerk. *).

56) *Removendi* i. e. postulandi vel efficiendi, ut removeantur. S. VOLLENHOVE Diss. cit. Cap. VI. §. 6. not. c.

57) *L.* 7 *.pr. D. h. t.*

Daß Unmündige ihre Tutoren nicht als suspect anklagen können, Minderjährige aber zur Anklage ihrer Curatoren zugelassen werden, wenn die Verwandten darein willigen, sagt auch Justinian in seinen Institutionen §. 4. *h. t.* und beruft sich dabey auf ein Rescript der Kaiser Severus und Antoninus, welches jedoch sich nirgends weiter findet. Der Grund, warum Impuberes ihre Tutoren nicht anklagen können, liegt vielleicht in der Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian, welche *L.* 2. *C. Quando tutores vel curatores esse desinant* (V. 60.) an den Menippus rescribiren: Tutoris officium *ex sola voluntate pupilli* non finiri, certissimum est. Unmündige sind überhaupt auch unvollständige Personen, welche, ohne durch das Vollwort ihrer Tutoren ergänzt, und vertreten, vor Gericht nicht handeln können [58].

Etwas Besonderes bey der postulatio suspecti ist es, daß hier auch Frauenspersonen zugelassen werden, denen sonst in der Regel nicht erlaubt ist, eine öffentliche Anklage anzustellen [59]. In den Institutionen §. 3. *h. t.* wird diese Ausnahme ebenfalls einem Rescript der Kaiser Severus und Antoninus zugeschrieben. Jedoch wird die Erlaubniß einen Tutor als suspect zu postuliren, nur denjenigen Frauenspersonen gestattet, welche aus Antrieb natürlicher Liebe gegen den Pupillen zu dieser

58) *L.* 1. *C. Qui legitimam personam standi in iudicio habeant vel non.* (III. 6.) S. *Jan.* a Costa und *Theod.* Marcilius Comm. ad §. 4. J. h. t. und *Jo.* Vollenhove cit. Diss. Cap. V. §. 4.

59) *L.* 1. *L.* 8. *D. de accusation.* (XLVIII. 2.) *L.* 12. *C. de his, qui accusare non poss.* (IX. 1.)

Anklage schreiten. Dieß sind vorzüglich die Mutter, die Säugamme des Pupillen, und die Großmutter. Doch ist auch der Schwester dieses erlaubt. Wäre jedoch ausserdem noch irgend eine andere Frauensperson, bey welcher die Obrigkeit ein besonderes Gefühl für Rechtlichkeit bemerkt; so wird auch diese, sofern sie nur dabey die Grenzen der weiblichen Schaamhaftigkeit nicht überschreitet, sondern blos vom Mitleid und Rechtlichkeits-Gefühl geleitet wird, weil sie das den Unmündigen zugefügte Unrecht nicht bey sich unterdrücken kann, zu dieser Anklage zugelassen. Wir wollen den Ulpian nun selbst reden lassen, aus dem die Institutionen a. a. O. wörtlich excerpirt worden sind. Er sagt nämlich *L.* 1. §. 7. *D. h. t.*

Quinimmo et *mulieres* admittuntur, sed hae solae, *quae pietate necessitudinis* [60]) *ductae ad hoc procedunt*: utputa mater, nutrix quoque, et avia possunt: potest et soror: nam in sorore etiam rescriptum exstat divi Severi. Sed et si qua alia mulier fuerit, *cuius Praetor perpensam* [61]) *pie-*

60) In den Institutionen heißt es: pietatis necessitudine. Theophilus übersetzt es: τῆς ἐυσεβείας ἀνάγκῃ, *pietatis necessitate.*

61) Die Lesart in den Institutionen ist hier verschieden. Viele lesen: quam Praetor propensa pietate intellexerit, wie z. B. Haloander, Russard, Baudoza, Charondas, Hugo a Porta, und Pacius. Eben so, wie die Pandecten, lesen aber Cujaz, Joh. Petit, Biener und Beck. *Propensam* liest Bucher, auch Hotomann, und dieser Lesart propensam giebt Charondas den Vorzug. Die Lesart *perpensam* hingegen vertheidiget *Jo. Bernh.* Koehler in Animadversionib. ad quaedam Institution. loca, hinter der von ihm edirten Cujazischen Ausgabe pag. 225. Theophi-

tatem intellexerit, non sexus verecundiam egredientem[62]), sed pietate productam, non continere[63]) iniuriam pupillorum, admittet eam ad accusationem.

Verpflichtet zur Anklage sind alle übrigen Vormünder, sie mögen gerentes, honorarii, oder notitiae causa dati seyn[64]). Antoninus Pius erlaubt sogar dem als suspect removirten Tutor, seine Contutoren anzuklagen, und es soll überhaupt nach einem Rescript des K. Severus gar nicht darauf ankommen, ob der Ankläger Vormund geblieben sey, oder nicht. So lehrt Ulpian *L.* 3. *pr. D. h. t.* welche aus desselben *libro XXXV. ad Edictum* genommen ist.

Tutor quoque contutorem potest suspectum facere, sive duret adhuc tutor, sive iam desierit ipse, contutor autem maneat tutor: et ita *divus* Severus rescripsit. Plus *divus* Pius Caecilio Petino rescripsit: posse *tutorem suspectum remotum* contutores suos suspectos facere.

Auch die Freygelassenen der Pupillen forderte die Pflicht der Dankbarkeit auf, die Vormünder derselben, wenn sie schlecht administrirten, als suspect anzuklagen[65]).

Ius hat: ἧς ὁ Πραίτωρ ὁρᾷ τὴν γνώμην ῥέπουσαν εἰς τὸ εὐσεπεῖν. i.e. *cuius propensam in pietatem voluntatem Praetor videt.*

62) So liest Haloander, und diese Leсart ist unstreitig der florentinischen Ausgabe, welche egredientis hat, vorzuziehen.

63) Haloander liest sustinere.

64) *L.* 14. *D. de adm. et peric. tut. et curat.* *L.* 3. §. 2. *D. eod.* *L.* 1. *C. de peric. tutor.*

65) *L.* 3. §. 1. *D. h. t.*

§. 1351.

Competente Gerichtsbehörde der cognitio suspecti. Erläuterung der *L.* 1. *§.* 3. *et* 4. *D. h. t.* und *L.* 1. §. 11. *D. ad SCtum Turpill.*

Die cognitio suspecti gehörte bey den Römern vor die magistratus maiores, die nicht nur die Jurisdiction, sondern auch ein Tribunal hatten. Es hatten aber solche in Rom die Prätoren, in den Provinzen die Praesides derselben. **Ulpian** sagt *L.* 1. §. 3. *D. h. t.*

Damus [66]) autem ius removendi suspectos tutores Romae *Praetoribus*, in provinciis *Praesidibus* earum.

66) In den **Institutionen** *§.* 1. *h. t.* heißt es: *Datum est* autem ius removendi tutores suspectos, Romae Praetori, et in provinciis Praesidibus earum, et legato Proconsnlis. Das *datum est* geht nicht darauf, als ob diesen Magistraten das *ius removendi*, eben so wie das ius dandi tutores, durch eine besondere Lex wäre gegeben worden, sondern es heißt hier nichts anders, als ius removendi competit etc. Theophilus *in Paraphr. gr.* sagt daher: *κατηγοροῦνται οἱ σούσπεκτοι ἐν μὲν τῇ Ῥώμῃ παρὰ τῷ πραίτωρι.* i. e. *Accusantur suspecti in urbe quidem Roma apud Praetorem* etc. Eben dieß ist auch der Sinn der Worte: *Damus autem ius removendi* etc. in der Pandectenstelle. Dieser legislatorische Redegebrauch ist, wie *Ger.* Noodt in Comment. ad Dig. h. t. §. Proxima bemerkt hat, bey den Röm. Rechtsgelehrten nicht ungewöhnlich. So spricht auch **Ulpian** *L.* 19. *D. de rebus auct. iud. possid.* Dabimusque ex his causis ipsi mulieri privilegium etc. welches die *Basilica Tom. I. Lib. IX. Tit.* 7. *Const.* 19. pag. 540. so gegeben haben. Ἔχει οὖν καὶ αὐτὴ τὸ προνόμιον. i. e. *Habet igitur et ipsa privilegium.*

Daß ihnen jedoch dieses Recht nicht so, wie das Recht Vormünder zu bestellen, vermöge einer besondern Lex, oder Senatusconsultums, oder einer Constitution zustand, erhellet daraus, weil die cognitio de suspectis tutoribus, wie Marcian *L.* 4. *D. de officio eius, cui mandata est iurisdictio* sagt, mandirt werden konnte. Man sieht hieraus, daß die Cognition über suspecte Vormünder, welche ohnehin von der competenten Behörde selbst geschahe, ohne, wie sonst bey Civilklagen gewöhnlich, einen Judex zur Untersuchung zu bestellen [67]), den genannten Obrigkeiten iure proprio, d. h. vermöge ihrer Amtsgewalt zustand [68]). Hierher gehört, was Papinian *libro I. Quaestionum* [69]) sagt:

Quaecunque specialiter lege, vel senatusconsulto, vel constitutione Principum tribuuntur, mandata iurisdictione non transferuntur: quae vero *iure magistratus* competunt, mandari possunt.

Daß also die cognitio de suspectis tutoribus mandirt werden konnte, hatte an sich keinen Zweifel. Nur darüber entstand ein Zweifel, ob diese Cognition unter dem allgemeinen Auftrage der Jurisdiction mit begriffen

67) S. *Ant.* Quintanaduegna de iurisdictione et imperio. Lib. I. Tit. 10. nr. 22 — 28.

68) Anderer Meinung ist zwar *Franc.* Duarenus in Comm. in h. Tit. Pand. § 4. (*Opp.* pag. 305.) Allein man vergleiche dagegen *Reinh.* Bachovii Notae et Animadversion. ad *Treutlerum.* Vol. II. P. I. Disp. IX. Th. III. Lit. C. pag. 475. sqq. *Ant.* Fabri Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XXV. Princ. IV. pag. 1170 — 1172. und *Jo.* Vollenhove Diss. cit. Cap. III. §. 1. et 2.

69) *L.* 1. *pr. D. de officio eius, cui mandata est iurisd.* (I. 21.)

sey. Diesen Zweifel hoben die Kaiser Antoninus und Severus durch ein Rescript an den Proconsul in Afrika, Bradua Mauricus, dessen Ulpian *L.* 1. § 4. *D. h. t.* gedenkt:

An autem apud legatum Proconsulis suspectus postulari possit, dubium fuit. Sed Imperator ANTONINUS cum divo SEVERO Braduae Maurico, Proconsuli Africae, rescripsit: posse, *quia mandata iurisdictione, officium ad eum totum iurisdicundi transit.*

Das Rescript selbst hat uns Macer *libro I. de officio Praesidis* aufbehalten, woraus die *L.* 4. *D. de officio eius, cui mandata est iurisdict.* genommen ist:

Cognitio de suspectis tutoribus mandari potest: immo etiam, mandata generali iurisdictione, propter utilitatem pupillorum eam contingere, constitutum est in haec verba: Imperatores SEVERUS et ANTONINUS Braduae, Proconsuli Africae. *Quum propriam iurisdictionem Legatis tuis dederis: consequens est, ut etiam de suspectis tutoribus possint cognoscere.*

Da der Grund dieses Rescripts aus der Natur einer iurisdictio mandata abgeleitet wird; so kann es wohl nicht, wie mehrere [70]) behaupten, auf den legatus Pro-

70) Dieser Meinung sind Accursius, und Jac. Cujacius ad §. 1. *I. h. t.* Ihnen zu widersprechen wagte *Jan. a* COSTA in Comm. ad eund. §. 1. I. h. t. nicht, ob er gleich die gegentheilige Meinung für wahrscheinlicher hält. Man sehe hier vorzüglich QUINTANADUEGNA c. l. nr. 9 — 16. und VOLLENHOVE Diss. cit. Cap. III. §. 3.

consulis allein beschränkt werden; es mußte also, wenn auch der Präses der Provinz seine Jurisdiction einem Andern übertrug, dasselbe Statt finden. Man kann dieß um so unbedenklicher behaupten, da die Stelle des Macer aus desselben Buche *de officio Praesidis* genommen ist, der Name *Praeses* aber im allgemeinen Sinne nicht nur den Proconsul, sondern überhaupt jedem Rector provinciae bezeichnete [71]. Eine solche Ausdehnung rechtfertigte auch schon die utilitas pupillorum, welche das Rescript zugleich berücksichtigte. Denn das Interesse der Pupillen erforderte es, daß die postulatio suspecti bey mehreren Behörden angebracht werden konnte. Was nun in den Provinzen als Recht war sanctionirt worden, mußte um so mehr auch in Rom gelten, wenn der Prätor seine Jurisdiction mandirt hatte, weil hier der Grund derselbe war. Dieß sagt auch Ulpian in der angeführten *L.* 1. §. 4. *h. t.*

Ergo et si Praetor mandet iurisdictionem, simili modo dicendum est, suspectum posse apud eum postulari, cui mandata est: *quum enim in provincia hoc rescriptum*, *consequens erit dicere*, *et eum*, *cui a Praetore mandata est iurisdictio*, *posse de suspecto cognoscere.*

Diesem scheint nun aber Marcian zu widersprechen, wenn er *libro singulari ad Senatusconsultum Turpillianum* [72]) sagt:

Suspecti tutoris accusatio *pro tribunali* tantum examinari potest, et *nullus alius* de huiusmodi quaestione, *quam Praeses*, pronuntiare potest.

71) *L.* 1. *D. de officio Praesid.* (I. 18.) welche auch aus des Macer *libro I. de off. Praesid.* genommen ist.

72) *L.* 1. §. 11. *D. ad SCtum Turpill.* (XLVIII. 16.)

Es ist nicht nöthig, mit Quintanaduegna [73]) diesen Ausspruch Marcians unter der Einschränkung zu verstehen, *nisi mandata a Praeside iurisdictio sit.* Es ist auch der Unterschied ganz ungegründet, welchen Franz Hotoman [74]) zwischen cognoscere und pronuntiare machen will, als ob das Letztere allein dem Präses, und nur das Erstere dem Stellvertreter zukomme. Denn Ulpian sagt ja *L.* 1. §. 4. *h. t.* ausdrücklich, es gehe, mandata iurisdictione, *totum iurisdicundi officium* auf den Stellvertreter über. Und eben so wenig Beyfall verdient die Erklärung des Scipio Gentilis [75]), daß Marcian den Präses, unter welchem denn auch im allgemeinen Sinne der Proconsul mit begriffen sey, darum allein nenne, weil der legatus dessen Stelle vertrete, und ihn repräsentire. Die richtige Erklärung, welcher Anton Faber [76]), Reinh. Bachov [77]), Gerh. Noodt [78]), Arnold Vinnius [79]), und Ulrich Huber [80]) Beyfall geben, ist unstreitig die, daß Marcian, wenn er sagt, in der Rechtssache eines tutoris suspecti könne kein anderer, als der Präses, d. h. ein solcher Magistrat, welcher einem Tribunal vorsteht, sprechen, theils die Municipal-Magisträte, denen zwar eine Jurisdiction, aber kein Tri-

73) Cit. loc. nr. 20.

74) Commentar. ad §. 1. I. h. t. pag. 101.

75) De iurisdictione. Lib. I. ad Orationem Divi Marci. Cap. V. pag. 175.

76) Cit. loc. pag. 1172.

77) Cit. loc. pag. 477.

78) De iurisdict. et imperio. Lib. II. Cap. 9.

79) Commentar. ad §. 1. I. h. t.

80) Praelect. ad Institut. h. t. §. 2.

bunal zustand, von dieser Cognition habe ausschließen wollen, weil die accusatio suspecti tutoris eine causae cognitio erfordert, welche nicht anders, als pro tribunali, vorgenommen werden konnte, wie hier Marcian selbst sagt[81]), theils aber auch zugleich habe andeuten wollen, daß der Präses in dieser Sache selbst cognosciren müsse, ohne einen Judex zu bestellen.

Heut zu Tage ist die postulatio suspecti tutoris bey dem Richter anzubringen, der den Vormund gesetzt oder bestätiget hat[82]).

§. 1351. a.

Verfahren bey der postulatio suspecti während der Untersuchung nach Römischen und Deutschen Rechte.

Bey den Römern handelte eine Obrigkeit, wo es auf die Verurtheilung eines Schuldigen ankam, nicht ohne Ankläger. Cicero[83]) sagt ausdrücklich: *Nocens, nisi accusatus fuerit, condemnari non potest*[84]). Deswegen berechtigte die römische Gesetzgebung jeden Staatsbürger, zum Besten der Pupillen darauf antragen zu kön-

81) *L.* 9. §. 1. *D. de officio Procons.* (I. 16) *L.* 105. *D. de div. Reg. iur.* Man sehe noch Vollenhove cit. Diss. Cap. III. §. 4.

82) S. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 3. Schilter Prax. Jur. Rom. Exercit. XXXVII. §. 141. Schaumburg Compend. iuris Dig. h. t. §. 4. Hofacker Princ. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 676. und Thibaut Syst. des Pand. Rechts. I. Band. §. 547.

83) *Orat. pro Roscio Amerin.* Cap. 20.

84) S. *Henr. Jo.* Arntzenii Miscellaneor. libr. Cap. XIV. pag. 147. sq. und Donellus Comm. de iure civ. Lib. III. cap. 16. §. 15.

nen, daß ein schlechter Vormund durch Urtheil und Recht von der Verwaltung der Vormundschaft entfernt, und ein Anderer an seine Stelle gesetzt werde. Denn mit der Anklage war gewöhnlich die Bitte um Ernennung eines neuen Vormundes verbunden[85]), welcher vermöge eines eigenen Senatsschlußes von der Obrigkeit bestellt werden mußte[86]). Daher sagt Ulpian[87]): idcirco remotus abit tutela, *ut alius in locum eius detur.* Zuweilen konnte jedoch auch schon bey den Römern ein Vormund auch ohne Anklage removirt werden, wenn die Obrigkeit auf einem andern Wege unzweifelhafte Beweise von der Untreue eines Vormundes erhalten hatte[88]). Man hat diese Ausnahme,

85) *L.* 2. 3. *et* 6 *Cod. h. t.* S. Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. §. 252. S. 954.

86) Gajus *Institut. Commentar. I.* §. 182. Ulpian. *Fragm. Tit. XI.* §. 23.

87) *L.* 11. §. 1. *et* 2. *D. de testam. tutela. L.* 3. §. 8. *D. de legitim. tutorib.*

88) Hierzu konnte der Obrigkeit auch schon die Anzeige eines Sklaven des Pupillen dienen, welcher derselben aus sichern Quellen die Betrügereyen des Vormundes entdeckt hatte, wie Julius Aquila *L.* 12. *D. h. t.* sagt: Nihil proponi, cur praescribere curator possit in cognitione suspecti, *quominus religio Praetoris a pupillari servo, detegente fraudes, instruatur.* Der Ausdruck *praescribere* bedeutet hier so viel als excipere. Der Sinn ist, es sey kein Grund vorhanden, weswegen der Curator bey der cognitio suspecti einwenden könnte, der Prätor könnte zur pflichtmäßigen Verwaltung seines Amts die ihm von dem Sklaven des Mündels verschafften Beweismittel nicht benutzen. Gerade die Sklaven hatten oft die beste Sachkenntniß. *L.* 22. *C. de admin. tutor. vel curat.* S. *Ant.* Fabri

wie Ulpian *L.* 3. §. 4. *D. h. t.* sagt, zu Gunsten der Pupillen zugelassen.

Praeterea videndum, an et *sine accusatione* possit suspectus repelli? Et magis est, ut repelli debeat, *si Praetori liqueat ex apertissimis rerum argumentis, suspectum eum esse*: quod *favore pupillorum* accipiendum est.

Ausserdem war also eine besondere Anklage des untreuen Vormundes nöthig, und weil sie ein iudicium civile ist [89]), so ward ein rechtliches Verfahren zwischen dem Ankläger und dem Angeklagten eingeleitet, welches die Obrigkeit hier, ohne Bestellung eines Judex, selbst dirigirte. Da es hier dem guten Namen des Angeklagten galt, so ward hier ein strenger Beweis erfordert, welcher denn auch einen Gegenbeweis nicht ausschloß [90]). Es würde zu gefährlich seyn, dem als suspect angeklagten Vormunde während des Processes die Administration fortführen zu lassen; Papinian hielt es daher für rathsam, dem Vormunde bis zur Beendigung der Cognition die Verwaltung zu untersagen, und sie einem Interims-Curator anzuvertrauen. Justinian sagt in seinen Institutionen §. 7. h. t.

Si quis autem suspectus postulatur, quoad cognitio finiatur, interdicitur ei administratio, ut Papiniano visum est.

Jurispr. Papinian. Tit. XXV. Princ. II. Illat. 4. und *Greg.* Majansii Commentarii ad XXX. ICtor. fragmenta. Tom. II. pag. 291 sq. Mehrere Beyspiele aus *L.* 3. §. 14. 15 *et* 16. *D. h. t.* führt Donellus cit. Commentar. Lib. III. Cap. 16. §. 15. an.

89) S. Vollenhove cit. Diss. Cap. V. §. 2.

90) S. Donellus c. l. §. 20.

Eben dieses bestätigt auch der Kaiser Gordian in einem Rescript an die Gorgonia. Es ist die *L.* 7. *Cod. h. t.* welche folgendermassen lautet:

Eum, quem ut suspectum tutorem vel curatorem accusas, pendente causa cognitionis, abstinere ab administratione rerum tuarum, donec causa finiatur, Praeses provinciae iubebit: alius tamen interea in locum eius in administratione rerum ordinandus est.

Ulpian *libro XXX. ad Sabinum*[91]) geht noch weiter. Sobald ein Tutor als suspect angeklagt worden ist; so ist ihm auch, sagt er, die Administration schon von selbst untersagt[92]). Von dem Augenblick an muß sich der Vormund aller weitern Verwaltung enthalten, und Niemand, der davon Wissenschaft erhalten hat, darf sich in Geschäften des Pupillen weiter mit ihm einlassen, wenn auch gleich das obrigkeitliche Interdictions-Decret noch nicht erfolgt ist[93]). Wenn also ein Schuldner des Pupillen einem solchen Vormunde wissentlich zahlt, so hat er nichtig gehandelt, und wird von seiner Schuldverbindlichkeit nicht befreyt. Seine Worte sind:

Dico igitur, cuicunque ex tutoribus fuerit solutum, etsi honorariis, (nam et ad hos periculum pertinet) recte solvi, nisi interdicta eis fuerit a Praetore administratio: nam si interdicta est, non recte solvitur. *Idem dico, et si quis sciens su-*

91) *L.* 14. §. 1. *D. de solution.* (XLVI. 3.)

92) S. Vollenhove cit. Diss. Cap. VII. §. 1.

93) S. *Franc.* Florentis Tractat. ad Tit. Dig. et Cod. de solutionib. et liberat. ad h. L. 14. (in Ejus *Operib. iurid. ab* Lorber *a* Stoerchen *edit.* Tom. II. pag. 477.)

spectis postulatis solvat: nam iis interim VIDETUR *interdicta administratio.*

Heut zu Tage findet bey der postulatio suspecti tutoris das Römische Rechtsverfahren nicht mehr Statt. Die römische Befugniß, einen Vormund verdächtig zu machen, und auf dessen Entfernung zu dringen, hat sich in Deutschland in eine bloße Befugniß verwandelt, das Gericht von dem verdächtigen Benehmen eines unter ihm stehenden Vormundes zu benachrichtigen, und hierdurch dasselbe in den Stand zu setzen, das Betragen des Vormundes genauer zu untersuchen, und zur Sicherstellung der Pupillen zweckdienliche Verfügungen zu treffen. Zu einer solchen Anzeige ist noch jetzt jeder Staatsbürger berechtiget, wenn er wahrnimmt, daß ein Vormund mit der Person, oder den Gütern des Pflegbefohlnen untreu oder sorglos umgehe [94]). Ist die Anzeige nothdürftig bescheiniget, oder vom Richter bey einer vorläufigen, ohne Aufsehen anzustellenden, Prüfung nicht ungegründet befunden worden; so muß das Gericht die Untersuchung wider den verdächtigen Vormund verfügen. Ein förmliches Rechtsverfahren zwischen dem Denuncianten und dem Denunciaten wird jetzt nicht mehr zugelassen, und so auch nicht mehr auf Beweis und Gegenbeweis interloquirt [95]), sondern die Sache muß von Amts wegen untersucht, und über die Remotion des untreuen Vormundes erkannt werden.

94) S. das bayerische Landrecht 1. Th. 7. Tit. §. 23. und von Kreittmayr's Anmerkungen über den Cod. Maximil. Bavar. civ. 1. Th. Kap. VII. §. 23. und das Allgem. Preußische Landrecht. 2. Th. 18. Tit. §. 929.

95) S. Ernst Ferd. Klein's merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristen-Facultät 2. B. Nr. XXVIII.

Eben so kann die Untersuchung wider den Vormund eingeleitet werden, wenn das vormundschaftliche Gericht selbst ein pflichtwidriges Verhalten an dem Vormunde wahrnimmt, welches demselben h. z. T. leicht selbst, ohne weitere Anzeige, zu entdecken möglich ist, da nach den deutschen Reichsgesetzen die Vormünder alle Jahr Rechnung ablegen müssen, und dazu von der Obrigkeit selbst angehalten werden können. Während der Untersuchung pflegt der Vormund auch h. z. T. suspendirt, und einstweilen die Verwaltung einem Andern übertragen zu werden, jedoch nur wenn dringende Anzeigen des Verdachts vorhanden sind [96]). Ausserdem liegt dem vormundschaftlichen Gericht nur ob, für die Sicherheit des Pflegbefohlnen, durch Bestellung eines Nebenvormundes, oder Aufsehers, durch Inhibitionen an die Pächter und Schuldner, durch Erhöhung der Caution, und andere nach den Umständen schickliche Maasregeln, Sorge zu tragen [97]).

§. 1351. b.

Rechtliche Folgen der Postulation. Absetzung oder Entbindung des Vormundes. Zuweilen auch Strafe.

Aus der Untersuchung hat sich nun entweder die Schuld oder die Unschuld des angeklagten Vormundes offenbaret. Ist der Vormund unschuldig befunden worden; so wird er von der Anklage freygesprochen. Ob er aber nicht den Ankläger oder Denuncianten mit der Injurienklage belangen könne? hängt von den Umständen ab. War der Denunciant ein solcher, der zur Aufsicht über den Vormund

96) S. *Ant.* FABRI Cod. definition. forens. Lib. V. Tit. 26. Def. 2. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 13.

97) S. das allgem. Preuß. Landrecht a. a. O. §. 932.

unter eigener Vertretung verpflichtet ist, oder waren die Anzeigen des Verdachts so scheinbar, daß dadurch das Gefühl für Recht gar leicht getäuscht werden konnte, so findet keine Injurienklage Statt, weil man hier annehmen muß, der Ankläger oder Denunciant sey mehr aus Antrieb seines Pflichtgefühls, oder aus Liebe zu dem Pupillen, als aus böser Absicht zur Anklage oder Denunciation veranlaßt worden [98]. Sollten sich aber aus der Untersuchung Anzeigen der Calumnie auf Seiten des Denuncianten ergeben haben, so ist die Injurienklage gegen den Denuncianten ohne Zweifel begründet [99].

Hat sich hingegen bey der Untersuchung gefunden, daß der Vormund sich wirklich der Veruntreuung und Unredlichkeit in Führung seines Amts schuldig gemacht, oder sein Amt so nachläßig verwaltet habe, daß man ihm die Führung der Vormundschaft nicht länger anvertrauen kann, so muß er durch Urtheil und Recht seines Amts entsetzt werden, wofern nicht die Beyordnung eines Curators für rathsamer gehalten wird, welcher für die Zukunft die Verwaltung der Vormundschaft allein übernehmen muß.

Die Absetzung kann auch noch eine Strafe zur Folge haben. Diese kann

1) Infamie seyn, welche jedoch nach dem Begriff des Römischen Rechts nicht in einer völligen Aufhebung der bürgerlichen Ehre, was wir jetzt Ehrlosigkeit

98) *L. 3. C. de calumniator.* (IX. 46.) S. Lauterbach Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 15. und Leyser Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXXXVI. pag. 513 sq. Vergl. auch das allgem. Preuß. Gesetzbuch a. a. O. §. 939.

99) *L. 15. §. 27. D. de iniuriis.* (XLVII. 10.)

Bayerische Staatsbibliothek München

nennen, besteht, denn eine solche consumtio existimationis, wie sie das Röm. Recht nennt, trat nur mit dem gänzlichen Verluste der Civität ein; sondern es wird damit blos eine Art der Verminderung der dem römischen Bürger, als solchem, gebührenden Ehre bezeichnet, welche, unter dem Kunstnamen existimatio bekannt, wenn gleich nicht mehr, als illaesa et illibata, doch noch immer so lange fortbestehen konnte, als die Civität durch eine magna capitis deminutio noch nicht völlig vernichtet war [100]. Daß diese Infamie eine gesetzliche Folge der wegen Dolus erfolgten Remotion ist, leidet bey der klaren Verordnung der Gesetze keinen Zweifel. Die Gesetze unterscheiden hier genau zwischen dolus und culpa. Zwey Stellen sind hier besonders merkwürdig. Die eine aus den Institutionen, nämlich §. 6. *h. t.* wo Justinian sagt:

Suspectus autem remotus, si quidem *ob dolum*, famosus est, si *ob culpam*, non aeque.

Die andere ist ein Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian an Hammianus, nämlich die *L. ult. C. h. t.* ganz desselben Inhalts:

Suspectus tutores *ex dolo*, non etiam eos, qui *ob negligentiam* remoti sunt, infames fieri manifestum est.

100) *L.* 1. *D. de his*, *qui notant. infam.* *L.* 5. §. 1. 2. *et* 3. *D. de extraord. cognit.* (L. 13) S. Christ. Gotth. Hübner über Ehre, Ehrlosigkeit, Ehrenstrafen, und Injurien. (Leipzig 1800. 8.) Abschn. 3. Walter über Ehre und Injurien nach Röm. Recht §. 7. Nr. 6. (im neuen Archiv des Criminalrechts. 4. Band. S. 130.) und Theod. Marezoll über die bürgerliche Ehre, ihre gänzliche Entziehung und theilweise Schmälerung. (Giessen 1824. 8.) 1. Buch. 1. und 4. Abschn.

Hier entsteht nun aber die Frage, von welcher Culpa dieses zu verstehen sey? ob von einer jeden, also auch von der lata, oder nur von der levis, so daß die lata unter dem dolus mit begriffen sey? Die Meinungen der Rechtsgelehrten sind hier getheilt. Hugo Donellus [1]), Anton Faber [2]), Gerh. Noodt [3]), Everh. Otto [4]), Franz Bröus [5]), Emund Merillius [6]), unter den neueren Carl Christ. Hofacker [7]), Carl Fried. Walch [8]), Gottl. Hufeland [9]), Theod. Max. Zachariä [10]), die Gebr. Overbeck [11]), und Theod. Marezoll [12]) behaupten, daß nur der dolus den abgesetzten Vormund infamire, wenn diese Ursache in der Sentenz angeführt worden, keine culpa, auch nicht einmal culpa lata, reiche dazu hin. Diese Meinung, welcher auch Hellfeld zugethan ist, hat Joh. Fried. Grimm-

1) Commentar. Lib. III. cap. 16. §. 27.

2) Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XXV. Princ. I. Illat. 6. pag. 1159.

3) Commentar. ad Dig. h. t. §. Poena. und Probabil. Lib. I. cap. ult.

4) Commentar. ad §. 6. I. h. t.

5) Exposition. in Justin. Institut. ad §. 6. h. t. pag. 173.

6) Comment. ad §. 6. I. h. t.

7) Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 678.

8) Introd. in controvers. iuris civ. Sect. I. Cap. II. Membr. III. §. 28.

9) Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. Band. §. 1627.

10) Institutionen des Röm. Rechts h. t. Lit. C. S. 210.

11) Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. Band 3. Medit. 166.

12) Ueber die bürgerl. Ehre. 1. Buch 4. Abschn. S. 153 ff.

eisen[13]) in einer besondern Schrift auszuführen gesucht. Der Hauptgrund für diese Meinung beruhet auf dem Ausspruche **Ulpians** in der *L.* 3. §. *ult. D. h. t.*

Qui ob segnitiem, vel rusticitatem, inertiam, simplicitatem, vel ineptiam remotus sit, in hac causa est, *ut integra existimatione tutela vel cura abeat.*

Hierdurch, sagt man, werden alle Arten der culpa, und also auch die culpa lata, die hier mit dem Ausdruck ineptia bezeichnet werde, von der Strafe der Infamie auf das deutlichste ausgeschlossen. Diesem sey nicht entgegen, wenn eben dieser **Ulpian** *L.* 7. §. 1. *D. eod.* sage: Si fraus non sit admissa, sed lata negligentia, *quia ista prope fraudem accedit*, removeri hunc *quasi* suspectum oportet. Denn **Ulpian** wolle nur soviel sagen, die culpa lata stehe insofern dem dolus gleich, daß deswegen ein Vormund eben so, wie ob dolum, removirt werden könne, darauf deute eben das *quasi* suspectus hin; deswegen werde aber der abgesetzte Vormund nicht infam. Die sonst bekannte Regel: *lata culpa dolo comparatur*[14]), immo *dolus est*[15]), könne hier, wo nicht vom Schadensersatze, sondern von Absetzung eines untreuen Vormundes die Rede sey, keine Anwendung finden. Denn diese Regel gelte nur in Contracten, nicht in solchen Fällen, wo die Strafe, wie hier, und z. B. in der

13) Diss. inaug. de tutore ob culpam latam remoto haud infami ad § 6. I. de susp. tut. *Marburgi* 1753. 4.

14) *L.* 1. §. 1. *D. Si mensor falsum mod. dix.* (XI. 6.) *L.* 1. §. 2. *D. Si is, qui testam. liber esse iussus.* (XLVII. 6.)

15) *L.* 226. *D. de Verbor. Signif.*

Lex Cornelia de sicariis [16]), in einem besondern Gesetz bestimmt sey. Das Gesetz der XII. Tafeln aber vindicire nach dem Zeugniß des Cicero [17]) ausdrücklich nur den dolus malus des Tutors. Hier müße also der dolus in seiner strengen Bedeutung genommen, und könne nicht auf die lata culpa ausgedehnt werden. Andere hingegen haben aus Gründen, die sie für wichtiger halten, zu zeigen gesucht, daß die Absetzung eines Vormundes wegen der culpa lata, so gut wie wegen eines erwiesenen dolus, die Infamie zur Folge habe. Die vorzüglichsten Vertheidiger derselben sind Jacob Cujacius [18]), Franz Balduinus [19]), Franz Duarenus [20]), Reinh. Bachovius [21]), Arn. Vinnius [22]), Ulrich Huber [23]), Theod. Marcilius [24]), Joh. Corasius [25]), Anton Matthäi [26]), Joh. Voet [27]), unter den neuern Joh.

16) *L.* 7. *D. ad Leg. Corn. de Sicar.* (XLVIII. 8.)

17) *De officiis Lib. III.* cap. 15.

18) Commentar. ad Tit. Dig. de Verbor. Signif. ad L. 213. h. t. et Observation. Lib. VII. cap. 8.

19) Commentar. ad Inst. h. t. ad vv. *Si quidem ob dolum.* pag. 153.

20) Commentar. in h. Tit. Pand. §. 8. (*Opp.* pag. 305.)

21) Notae et Animadversion. ad Treutlerum. Vol. II. Part. I. Disp. IX. Lit. C. pag. 483.

22) Comment. ad §. 6. I. h. t. nr. 3.

23) Praelect. iuris civ. ad Institut. h. t. §. 7.

24) Commentar. ad §. 6. I. h. t. (in *Jani a* Costa Commentar. pag. 137. sq. edit. *van de* Water.)

25) Miscellaneor. iuris civ. Lib. IV. Cap. 2. nr. 8. et 9.

26) Commentar. ad Institut. h. t. §. 6. pag. 527. sq.

27) Comment. ad Pand. h. t. §. 7.

Gottl. Heineccius [28]), Ant. Fried. Just. Thibaut [29]), Joh. Nep. von Wening-Ingenheim [30]), Desid. von Hauw [31]), und besonders Joh. Vollenhove [32]). Ihre Gründe sind. Die Regel: latam culpam iure Romano dolo aequiparari, finde nicht blos in Contracten, sondern in allen Fällen ihre Anwendung, wo es nicht auf eine Capitalstrafe ankommt; sie finde also auch in causis poenalibus und famosis Statt [33]). Diese Regel müsse daher auch so lange als allgemeine Regel gelten, bis ganz klar erscheint, daß die Gesetze in einem einzelnen Falle ausdrücklich davon abgewichen sind, wie z. B. in der *L. 7. D. ad Leg. Corn. de Sicariis* geschehen ist. Dieß sey nun aber bey der remotio tutoris suspecti so wenig der Fall, daß vielmehr Ulpian, wenn er in der *L. 7. §. 1. D. h. t.* sage, ein Tutor solle ob latam negligentiam *quasi suspectus* removirt werden, *quia ista prope fraudem accedit*, deutlich zu erkennen gebe, daß bey der Remotion die culpa lata dem dolus gleich bestraft werden solle. Dieses stimme nun auch mit den übrigen Gesetzen vollkommen überein, welche sagen, *culpam latam dolum repraesentare* [34]), ja *magnam culpam dolum esse* [35]). Diesem streite aber

28) Elem. iur. civ. sec. ord. Pand. h. t. §. 351.

29) Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 547.

30) Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. B. IV. Buch §. 421.

31) Diss. cit. de suspect. tutorib. et curator. Cap. VI.

32) Diss. cit. de suspectis tutorib. et curator. Cap. VIII.

33) *L. 1. §. 1. D. Si is, qui testam. liber esse. L. 11. §. ult. D. de his, qui notant. infam.*

34) *L. 1. §. 2. D. Si is, qui testam. liber.*

35) *L. 226. D. de Verb. Signif.*

auch der Ausspruch Ulpians in der *L.* 3. §. *ult. D. h. t.* gar nicht entgegen. Denn die Ausdrücke *segnities, rusticitas, inertia, simplicitas, ineptia*, derentwegen die Absetzung des Vormundes mit keiner Infamie verknüpft seyn solle, bezeichneten theils nur eine solche culpa, welche man levis zu nennen pflegt, theils eine gewisse Stumpfheit und Ungeschicklichkeit zur Führung einer Vormundschaft; kein einziger dieser Ausdrücke werde aber von einer culpa lata gebraucht [36]. Besonders entscheidend sey endlich die Stelle aus Tryphoninus *Libro XIV. Disputationum* in *L.* 6. *D. Ubi pupillus educari vel morari debeat*, wo es heißt:

Si absens sit tutor, et alimenta pupillus desideret, si quidem *negligentia* et *nimia cessatio* in administratione tutoris obiiciatur, quae etiam ex hoc arguatur, quod per absentiam eius deserta derelictaque sint pupilli negotia, evocatis affinibus, atque amicis tutoris, Praetor edicto proposito causa cognita etiam absente tutore, vel removendum eum, *qui dignus tali nota videbitur*, decernet, vel adiungendum curatorem, et ita, qui datus erit, expediet alimenta pupillo.

Daß hier unter der *negligentia et nimia cessatio* eine grobe Nachlässigkeit zu verstehen sey, werde Nie-

36) Man vergleiche hier *L.* 52. §. 1. *D. de fideiuss. L.* 8. *C. de pign. act. L.* 14. *D. eodem.* §. *ult. I. Quib. mod. re contrah. obligat. L.* 6. §. *ult. D. de Excusat. L.* 7. §. 4. *D. de iurisd. L.* 1. §. 1. *D. Si mensor fals. mod. dix. L.* 25. *D. de probat.* Cicero *de Orator.* Lib. II. cap. 4. S. Vollenhove cit. Diss. Cap. VI. §. 3. der dieses ausführlicher gezeigt hat.

mand bezweifeln. Diese erweise sich auch daraus, daß der Vormund durch seine Abwesenheit die Geschäfte des Pupillen liegen gelassen habe. Verlangt nun der Mündel seinen Unterhalt, und der abwesende Vormund ist deßwegen angeklagt worden; so muß ihn der Prätor durch ein peremtorisches Edict vorladen. Erscheint er hierauf nicht, so ergiebt sich entweder aus der weitern Untersuchung eine culpa dolo proxima, oder nicht. Im ersten Falle kann er notata existimatione abgesetzt, im letztern aber ihm vor der Hand ein Curator beygeordnet werden. Hierzu komme nun noch, daß auch das iudicium tutelae eine Infamie zur Folge habe, welche more civitatis eintrete, wenn der Vormund ob latam culpam condemnirt worden ist. Den Beweis dafür nimmt man aus einer Stelle Ulpians her. Es ist die *L.* 42. *D. de Verbor. Signif.* welche aus desselben *libro LVII. ad Edictum* excerpirt ist, und folgendermassen lautet:

Probrum et opprobrium idem [37]) est. *Probra* quaedam natura turpia sunt, quaedam civiliter et quasi more civitatis: utputa, furtum, adulterium natura turpe est: *enimvero tutelae damnari, hoc*

37) Diese Lesart, welche Haloander, Baudoza, Miräus, Merlinus, Chevallon, Hugo a Porta und Beck haben, ist dem *id est* der florentinischen Pandecten unstreitig vorzuziehen. Sie hat auch die Auctorität der Basiliken für sich. Denn in diesen heißt es Tom. I. Lib. II. Tit. 2. Const. 42. pag. 46. Ονειδος καὶ ὀνείδισμα ταὐτὸν ἐστι. Dennoch hat sie *Abr.* Wieling Lection. iuris civ. Lib. I. cap. 10. so emendirt: *Probrum, id est, opprobrium.* Ich habe diese Gesetzstelle schon an einem andern Orte, im 5. Th. §. 375. S. 135. erklärt.

non natura probrum est, sed more civitatis: nec enim natura probrum est, quod potest etiam in hominem idoneum incidere.

Wenn hier Ulpian sagt, *tutelae damnari more civitatis probrum esse*, so müsse dieß von einem solchen Vormunde verstanden werden, welcher ob culpam latam verurtheilt worden ist. Denn auf eine betrügerische Art mit dem Vermögen des Pupillen zu wirthschaften, sey schon von Natur schändlich, so schändlich, wie Diebstahl und Ehebruch. Man glaubt diese Erklärung auch durch eine Stelle aus der Rede des Cicero *pro Roscio Amerino cap.* 38. unterstützen zu können, wo er von der gewissenlosen Vollziehung eines Auftrags spricht. In privatis rebus, sagt er, si quis rem mandatam non modo MALITIOSIUS gessisset, *sui quaestus aut commodi causa*, verum etiam NEGLIGENTIUS, *eum maiores summum admisisse dedecus existimabant.* Itaque mandati constitutum est iudicium, non minus turpe, quam furti. Cicero fährt *cap.* 39. in diesem Tone fort: *Ergo idcirco* TURPIS *haec* CULPA *est*, quod duas res sanctissimas violat, *amicitiam et fidem.* Ferner: in minimis rebus qui mandatum neglexerit, TURPISSIMO IUDICIO *condemnatur.* Endlich: In minimis, privatisque rebus etiam negligentia in crimen mandati, *iudiciumque infamiae* revocatur.

Wägen wir die für beyde Meinungen angeführten Gründe gegen einander ab, so werden wohl die Gründe für die letzte Meinung das Uebergewicht behalten. Denn die Gesetze sagen doch ausdrücklich, daß eine grobe Schuld sogut als dolus sey. Proculus widersprach zwar die-

ser Meinung des **Nerva**, allein **Celsus**, dessen Meinung in den Pandecten [38]) sanctionirt worden ist, hielt sie für durchaus richtig. Und **Paulus** stimmt ganz mit ihm überein, wenn er *libro I. Manualium* [39]) sagt: *Magna negligentia* culpa est. *Magna culpa dolus est.* Dieß ist auch ganz der Natur der Sache gemäß. Denn jede culpa lata setzt immer etwas Verwerfliches, etwas Frivoles und Schlechtes in der Gesinnung eines Menschen voraus. Dieses Schlechte liegt zwar nicht darin, daß er, wie beym dolus im eigentlichen Sinne, den Schaden eines Andern beabsichtigte und verlangte, äussert sich aber doch darin, daß er entweder auf eine Art handelte, deren nachtheilige Folgen auch der gemeinste Menschenverstand vorhersehen mußte, welches die Gesetze [40]) sehr treffend durch *non intelligere id, quod omnes intelligunt*, bezeichnen, und hierdurch eine Gleichgültigkeit gegen den Schaden Anderer, den er abzuwenden schuldig war, im hohen Grade verrieth; oder daß er wenigstens den Fleiß, den er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden gewohnt ist, in fremden ihm anvertrauten Sachen vernachlässigte. Denn wer nicht wenigstens **bis zu dem Maaße seines gewöhnlichen Fleißes** Sorgfalt auf die ihm anvertrauten fremden Sachen anwendet, sagt **Celsus** *libro XI. Digestorum* [41]) ist nicht frey von

38) *L. 32. D. depositi.*

39) *L. 226. D. de Verbor. Signif.*

40) *L. 213. §. ult. et L. 223. D. eodem.*

41) *L 32. D. Depositi.* (XVI. 3.) — Nam et si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen *ad suum modum* curam in deposito praestat, FRAUDE *non caret: nec enim* SALVA

arger Gesinnung, weil Niemand ohne Verletzung der Treue den Grad von Fleiße, welchen er eigenen Angelegenheiten widmet, fremden verweigern kann [42]). Daher sehen die Gesetze den dolus und die culpa lata in allen Sachen, die nicht capital sind, als Eins und eben dasselbe an [43]); mithin auch in nicht capitalen Straffällen [44]); und begreiffen unter dem dolus die culpa lata [45]). Die poenae existimationis gehören nun aber nicht zu den Capitalstrafen, sondern werden ausdrücklich davon unterschieden [46]). Es steht mithin der

FIDE *minorem his, quam suis rebus, diligentiam praestabit.* Man sehe über diese Stelle Hasse Culpa des Röm. Rechts. 6. Kap. §. 63. S. 258 ff.

42) S. Hasse 3. Kap. §. 22. S. 114 ff.

43) S. Kritz über die Culpa nach Röm. Rechte. (Leipzig 1823. 8.) §. 5. S. 34 ff.

44) *L.* 1. §. 2. *D. Si is, qui testam. liber iussus erit.* (XLVII. 4.)

45) *L.* 8. § 3. *D. de precar. L.* 1. §. 2. *D. Si is, qui test. lib. L.* 1. §. 5. *D. de obligat. et act. L.* 29. *pr. D. Mandati.* Wenn Modestinus in der *Collat. Legg. Mosaicar. et Romanar.* Tit. 10. §. 2. sagt: *Depositi damnatus infamis est*, und den Grund angiebt: quia *propter dolum* condemnatur; so lehrt der ganze Zusammenhang, daß dolus dort die culpa lata mit umfasse, wie auch Marezoll über die bürgerl. Ehre 1. Buch 4. Absch. I. §. 3. S. 155. Not. 3. ganz richtig behauptet. Es hat dieß um so weniger einigen Zweifel, weil Gajus *L.* 1. §. 5. *D. de Obligat. et action.* (XLIV. 7.) gerade beym deposito sagt: *Magnam* tamen *negligentiam placuit* IN DOLI CRIMEN CADERE.

46) *L.* 28. *pr. et* §. 1. *D. de poenis.* (XLVIII. 19.) §. 2. *I. de public. iud.* (IV. 18.) S. Marezoll über die bürgerliche Ehre. 1. Buch. 4. Absch. I. §. 1. S. 107 ff.

Anwendung unserer Regel nichts entgegen, und die Culpa, welche in den oben angeführten Gesetzen bey der remotio tutoris suspecti dem dolus entgegengesetzt wird, kann keine andere, als die levis seyn, welche Theophilus mit dem Worte *ῥαθυμία*, d. i. negligentia bezeichnet, weil die lata unter dem dolus mit begriffen ist, wie alle die Gesetze [47]) beweisen, welche von der praestatio culpae handeln. Der Grund, den man noch von dem iudicium tutelae hernimmt, kann hier allerdings auch noch zur Unterstützung dienen. Ulpian sagt nämlich in der *L.* 42. *D. de Verbor. Signif.* TUTELAE DAMNARI sey nicht natura probrum, sed *more civitatis*. Bedenkt man, daß das iudicium tutelae nicht immer nothwendig einen dolus oder culpa lata voraussetze, sondern begründet ist, wenn der Vormund auch nur durch culpa levis dem Pupillen geschadet hat; und soll nach §. 2. *I. de poena temere litigantium* (IV. 16.) wenn der Vormund den Schaden nicht freywillig ersetzt hat, sondern es zur Klage, und bis zur Verurtheilung hat kommen lassen, die Verurtheilung desselben Infamie zur Folge haben; so konnte Ulpian mit Recht sagen: *tutelae damnari* sey nicht *natura* probrum, sondern *more civitatis*; und der Grund ist ganz passend, *nec enim natura probrum est, quod potest etiam in hominem idoneum incidere.* Allein daß das iudicium tutelae nur blos wegen einer bewiesenen temeritas litigandi infamire, ohne daß es dabey auf dolus oder culpa lata ankomme [48]); läßt sich

47) *L.* 5. §. 2. *D. Commod.* *L.* 18. *pr. D. eodem.* *L.* 8. §. 6. *D. de precario.* *L.* 23. *D. de Reg. iuris.* S. Fried. Hänel's Lehre vom Schadensersatze nach heutigem Röm. Rechte. §. 17.

48) S. Marezoll a. a. O. §. 3. S. 153. f.

nicht behaupten. Denn diese Meinung würde sowohl mit dem Zeugniß des Cicero, als dem Edict des Prätors in offenbarem Widerspruche stehen. Cicero, dessen Zeugniß mit Grund nicht verworfen werden kann, sagt in seiner Rede *pro Roscio Comoedo* Cap. 6. Si qua sunt *privata iudicia summae existimationis*, et paene dicam capitis, tria haec sunt, fiduciae, *tutelae*, societatis. *Aeque enim* PERFIDIOSUM *et* NEFARIUM *est*, fidem frangere, quae continet vitam, et *pupillum* FRAUDARE, *qui in tutelam pervenit*, et socium fallere, qui se in negotio coniunxit. Der Prätor aber sagt in seinem Edict *L.* 1. *D. de his, qui notantur infam.* (III. 2.) (Infamia notatur) *qui pro socio*, TUTELAE, *mandati*, *depositi* SUO NOMINE, *non* CONTRARIO IUDICIO DAMNATUS ERIT. Beyde Stellen sind unstreitig vom dolus, und der ihr gleichstehenden culpa lata zu verstehen, und es muß also das nämliche auch bey der remotio tutoris suspecti Statt finden [49].

Uebrigens ist nicht nöthig, daß in dem Urtheile bey Absetzung des Vormundes ausdrücklich auf die Infamie erkannt werde [50]. Es ist genug, wenn die Ursache der

49) Man sehe noch Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. §. 252. verb. mit §. 248. S. 937.

50) S. *Mich. God.* WERNHER lectiss. Commentation. in Pandect. P. II. h. t. §. 7. und Marezoll über die bürgerl. Ehre. 3. Buch. 3. Abschn. §. 2. S. 357 ff. Wenn in Gratians Decrete *can.* 2. *et* 17. *Caus. VI. Qu.* 1. unter dem Namen der Päbste Hadrian und und Stephan alle Personen für infam erklärt sind, *quas leges seculi* INFAMES *appellant*, und in der Halsgerichts-Ordn. Carls V. Art. 104. die römischen

Absetzung ist angeführt worden [51]). Ist keine Ursache angeführt, so ist das Urtheil salva existimatione zu verstehen [52]). Es können nun

2) auch zuweilen noch andere selbst Criminalstrafen eintreten, wenn der Vormund besonders grobe Vergehungen gegen seinen Pflegling hat zu Schulden kommen lassen [53]). Da jedoch der Civilrichter weiter, als bis zur Absetzung des Tutors oder Curators, nicht gehen kann; so muß der Vormund an den Criminalrichter, welcher bey den Römern der Praefectus urbi war, abgeliefert werden, um ihm die verdiente Strafe aufzulegen [54]).

Ehrenstrafen überhaupt bestätigt sind; so kann wohl die bey der Remotion eines untreuen Vormundes festgesetzte Ehrenstrafe nicht für aufgehoben gehalten werden. S. Marezoll a. a. O. 1. Abschn. §. 1. S. 318 f. und 3. Abschn. §. 1. S. 345 f. auch Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 5. in fin.

51) *L.* 4. §. 1. *D. h. t.*

52) *L.* 4. §. 2. *D. h. t.*

53) Z. B. der Vormund hat den Pupillen nach dem Leben gestanden, wovon Suetonius *in Galba.* Cap. 9. ein Beyspiel erzählt, oder er hat die Vormundschaft durch Bestechung erhalten, oder es dem Pupillen an der nöthigen Verpflegung mangeln lassen, unter dem falschen Vorgeben, es sey kein Vermögen da. *L.* 3. §. 15. *D. h. t.* §. 10. *et* 11. *D. eod.* oder er hat sonst den Pupillen durch seine Untreue um einen beträchtlichen Theil seines Vermögens gebracht. *L.* 9. *D. de tutelis.* *L. ult. Cod. Arbitrium.* S. Vollenhove Diss. cit. Cap. VIII. §. 15.

54) *L.* 1. §. *ult.* *L.* 2. *L.* 3. §. 15. *D. h. t.* §. 10. *et* 11. *D. h. t.*

§. 1352.

Rechtliche Folgen der Absetzung. Erlischt die Vormundschaft durch die Absetzung des Vormundes ipso iure, oder erst durch Anstellung eines neuen Vormundes? Erläuterung der *L.* 10. *D. h. t.* Wie wenn sich die Vormundschaft noch vor erfolgter Absetzung endiget?

Die nächste Folge der Absetzung ist, daß an die Stelle des tutoris remoti ein anderer Vormund ernannt werden muß. Vermöge eines gewissen Senatusconsultums konnte hier der tutor legitimus nicht eintreten, sondern die Obrigkeit mußte den neuen Vormund bestellen[55]. Erst mit dieser Anstellung des neuen Vormundes endigte sich die Vormundschaft des remoti, nicht ipso iure, wie Anton Faber[56] und Hugo Donellus[57] behaupten. Gajus sagt in den zu Verona wieder aufgefundenen Institutionen[58] ausdrücklich: Praeterea Senatus censuit, ut si tutor pupilli pupillaeve suspectus a tutela remotus sit, — in locum eius alius tutor detur, *quo dato prior tutor amittit tutelam.* Hiermit stimmt auch Ulpian überein, wenn er *libro XXXVII. ad Sabinum*[59] sagt: Et si semel ad testamentarium devoluta fuerit tutela, deinde excusatus sit tutor

55) *L.* 3. §. 8. *D. de legitim. tutorib.*

56) Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XXV. Princ. III. pag. 1169.

57) Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 16. §. 28.

58) *Comment. I.* §. 182.

59) *L.* 11. §. 1. *et* 2. *D. de testam. tut.* S. Vollenhove cit. Diss. Cap. VII. § 4. und von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. B. IV. Buch. §. 421. S. 126.

testamentarius, adhuc dicimus, in locum excusati alium dandum, non ad legitimum tutorem redire tutelam. — *Idem dicimus, et si fuerit remotus, nam et hic idcirco abit, ut alius detur.* Endigte sich die Tutel ipso iure, so würde die gesetzliche Tutel eintreten. Dieß geschieht aber nur, wenn der Vormund stirbt, weil hierauf das Senatusconsultum nicht ging, dessen Gajus gedenkt, wie Ulpian gleich nachher sagt: §. 3. Quodsi tutor testamento datus decesserit, *ad legitimum tutela redit*, quia hic Senatusconsultum cessat.

Zwar sagt Ulpian in demselben *libro XXXVII. ad Sabinum*[60]: Si tanquam suspectus quis fuerit remotus, *desinit esse tutor;* allein wohl mehr in Beziehung auf die dem remotus entzogene Administration, und die daraus für ihn entstehende Gefahr derselben. Daher erklärt Ulpian *Libro XXX. ad Sabinum*[61]) die dem tutor remotus von einem Schuldner des Pupillen geleistete Zahlung für ungültig. Quodsi remoto solvit, sagt Ulpian, ei solvit, *qui tutor esse desierat*, et ideo non liberabitur. Und nach dem Ausspruche Papinians *Libro XII. Quaestionum*[62]) soll der suspectus remotus nicht mehr für die Gefahr der nachherigen Administration stehen dürfen. Er sagt: Decreto Praetoris ut suspectus remotus, periculum futuri temporis non timet: iniquum enim videtur, removeri qui-

60) *L.* 14. §. 4. *D. de tutelis.* Die *L.* 3. §. *ult.* und *L.* 4. *D. h. t.* worauf sich *Ant.* Faber c. l. beruft, beweisen gar nichts für seine Meinung.

61) *L.* 14. §. 2. *D de Solutionib.* (XLVI. 3.)

62) *L.* 10. *D. h. t.*

dem a tutela, vel cura, in futurum autem non esse securum. Ja aus dem angeführten Grunde der Billigkeit behauptet Cujaz[63]) mit Recht, daß dem tutor remotus schon gleich von der Zeit an die Gefahr der Zukunft nicht mehr treffen könne, da er als suspect angeklagt, und ihm die Verwaltung während der Untersuchung untersagt wurde. Denn es wird ja nun ein Interims-Curator bestellt, dem die Verwaltung, pendente cognitione suspecti, übertragen wird, und dieser ist also auch periculi successor[64]). Deswegen hört aber der suspectus postulatus nicht auf Vormund zu seyn. Daher kann auch die actio tutelae gegen ihn nicht eher angestellt werden, als wenn er abgesetzt, und ein anderer Vormund von der Obrigkeit an seine Stelle ernannt worden ist. Denn nun erst ist die Tutel geendiget, und eher findet die actio tutelae gegen den remotus nicht Statt[65]).

Da die postulatio suspecti auf Absetzung des untreuen Vormundes gerichtet ist, so kann sie nur während der Vormundschaft Statt finden. Daher endiget sich der schon begonnene Proceß, wenn während desselben aus irgend einem gesetzlichen Grunde Beendigung der Vor-

63) Comment. in Lib. XII. Quaestion. Papiniani, ad L. 10. D. h. t. (*Opp. postum. a* Fabroto *editor.* Tom. I. pag. 332.)

64) *L.* 14. §. 1. *D. de Solution.* *L.* 7. *C. h. t.* (V. 43.) *Ant.* Faber in Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XXV. Princ. III. Illat. 1. pag. 1169. macht hierbey die Bemerkung: *Videtur ita fieri, ut ex eodem facto et poenam et praemium quis consequatur.*

65) *L.* 4. *pr. D. de tutelae et ration. distrah.* (XXVII. 3.) *L.* 8. *Cod. h. t.*

mundschaft eintritt. Papinian sagt *libro V. Responsorum* [66]).

Post finitam tutelam cognitio suspecti tutoris, quamvis pridem recepta [67]), solvitur.

Es scheint nicht, als ob die Verfasser der Institutionen diese Stelle Papinians vor Augen gehabt hätten. In den Institutionen heißt es nämlich §. 8. *h. t.*

Sed si suspecti cognitio suscepta fuerit, *posteaque tutor vel curator decesserit*, extinguitur suspecti cognitio.

Da es nicht dem mindesten Zweifel unterworfen ist, daß sich der Proceß endige, wenn der Vormund während desselben stirbt, quia morte rei iudicium solvitur, wie Macer *libro II. Publicorum* [68]) sagt; hingegen nicht so ungezweifelt zu seyn schien, ob der schon begonnene Proceß sich auch dann endige, wenn die Tutel auf eine andere Art, als durch den Tod des Vormundes, beendiget worden; so ist es auffallend, daß hier gerade nur des Falles gedacht wird, welcher gar keinem Zweifel unterlag, dasjenige aber unberührt gelassen worden ist, was nicht so

66) *L.* 11. *D. h. t.*

67) Einige Ausgaben, z. B. die des Haloanders, Baudoza, und Miräus lesen *coepta*. Allein die florentinische Lesart *recepta* läßt sich vollkommen rechtfertigen. *Ev.* Otto Commentar. ad §. 7. I. h. t. führt mehrere Stellen aus den Gesetzen und Röm. Classikern an, woraus man sieht, daß der Ausdruck *recipere* bey Anklagen sehr gewöhnlich sey.

68) *L.* 15. §. 3. *D. ad SCtum Turpillian.* (XLVIII. 16.)

unzweifelhaft zu seyn schien. Cujaz 69) hält daher die Lesart *decesserit* für unrichtig. Papinian, sagt er, habe mit Recht den Todesfall des Vormundes übergangen, und sich weit richtiger ausgedrückt, wenn er im Allgemeinen sage: *post finitam tutelam*, um damit anzuzeigen, daß der erhobene Proceß auch dann aufhöre, wenn auf jede andere Art die Tutel geendiget worden sey. Cujaz meint demnach hier einen Fehler entdeckt zu haben, der sehr alt seyn müsse, ja sich vielleicht schon von dem Römischen Juristen selbst herschreibe, dessen Schrift die Verfasser der Institutionen hier vor Augen gehabt haben. Statt *decesserit* habe also dieser alte Röm. Jurist ohne Zweifel geschrieben, oder schreiben wollen, *esse desierit*, und so müsse auch gelesen werden. Sollte hier wirklich, wie Cujaz dafürhält, eine fehlerhafte Lesart anzunehmen seyn; so müssen sich solche schon die Verfasser der Institutionen angeeignet haben. Denn auch Theophilus in seiner griechischen Paraphrase hat: *ἐν δὲ τῷ μεταξὺ ὁ ἐπίτροπος ἢ ὁ κουράτωρ τελευτήσῃ*, i. e. *sed tutor vel curator interim* MORIATUR. Er fügt sogar noch den Grund hinzu: *πῶς γὰρ δυνατὸν ἐκβάλλεσθαι τὸν ἤδη τελευτήσαντα*, i. e. *Quomodo enim potest iam mortuus removeri?*

Ist also durch Beendigung der Vormundschaft der Proceß aufgehoben, so kann nun auch, da kein Absetzungs-Urtheil erfolgen kann, die sonst das Urtheil begleitende Infamie nicht eintreten, wenn gleich ein bewiesener dolus oder eine culpa lata des Vormundes dieselbe zur Folge

69) Comment. in Lib. V. Responsor. Papiniani ad L. 11. D. h. t. (*Oper. postum. a* FABROTO *editor.* Tom. I. pag. 208.)

gehabt haben würde[70]). Damit ist aber dem Vormunde nichts geschenkt. Denn sobald die Tutel geendiget ist, kann die actio tutelae gegen den Vormund erhoben werden. Da mit Hülfe derselben der Pupill nun im ordentlichen Wege des Civilrechts seine Entschädigung erhalten kann, so hört nun jene Nothwendigkeit auf, welche die suspecti accusatio herbeyführte[71]). Daher rescribirte der Kaiser Antoninus an die Domitia in der *L.* 1. *C. h. t.*

Libertum tuum et tutorem filii tui, si fraudulenter res eius administrare existimas, suspectum facere potes: modo si officium eius pubertate pupilli finitum non est. *Nam si eo iure tutor esse desiit, is* IUDICIO TUTELAE *conveniendus est.*

Daß nun aber auch das iudicium tutelae infamiren kann, ist bereits bewiesen worden.

§. 1352. a.

Ist in causa postulati tutoris ein defensor zuläßig? Erklärung der *L.* 39. §. *ult. D. de procurator.*

Noch ist die Frage übrig, ob nicht die Infamie, welche die remotio tutoris suspecti, wenn sie ob dolum oder culpam latam geschehen ist, zur Folge hat, nach dem Römischen Rechte dadurch vermieden werde, wenn sich der postulatus bey dem Proceß durch einen Procurator oder Defensor vertreten läßt? Es fragt sich zuvörderst, ob hier überhaupt ein Procurator oder Defen-

70) S. Donellus Commentar. Lib. III. Cap. 16. §. 23.

71) S. *Ant.* Fabri Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XXV. Princ. I. §. ult. pag. 1163.

sor zuläßig sey? Diese Frage entscheidet **Ulpian** in einer aus **Desselben** *libro nono ad Edictum* entnommenen Stelle. Es ist die *L.* 39. §. *ult. D. de procurator.* wo er aus des **Pomponius** *libro XXV. ad Edictum* referirt:

Item ait: si suspectus tutor postuletur, defensorem eius oportere etiam de rato cavere, ne reversus ille velit retractare, quod actum est. *Sed non facile per procuratorem quis suspectus accusabitur, quoniam famae causa est, nisi constet, ei a tutore mandatum nominatim*, aut si etiam absente tutore, quasi non defenderetur, Praetor erat cogniturus.

Es ist allerdings eine Ausnahme von der Regel, daß der Defensor, der sonst nur satisdationem iudicatum solvi pro litis aestimatione leisten darf[72]), auch de rato caviren muß. **Hermogenian** sagt sogar *libro I. Epitomarum iuris* [73]).

Tutore suspecto postulato, defensor, si velit respondere, cautionem *ratam rem dominum habiturum* cavere [74]) compellendus est.

72) §. 5. *I. de Satisdationib.* (IV. 11.)

73) *L.* 6. *D. Rat. rem haberi.* (XLVI. 8.)

74) Die Redensart *cautionem cavere*, ist ein Hellenismus, der bey den römischen Juristen nicht ungewöhnlich ist. So sagt z. B. **Ulpian** *L.* 3. §. 1. *D. Judicat. solvi* stipulationem stipulari, *L.* 23. *D. de praescript. verbis* actio agi, und *L.* 23. *D. de pignor. et hyp.* pignoris obligatio obligari. Aehnliche Beyspiele aus den Röm. Classikern führt *Scip.* Gentilis Parergor. Lib. I. cap. 6. an.

Der Grund, den Pomponius anführt, wird darin gesetzt, damit nicht der angeklagte Vormund nach seiner Rückkehr durch Verweigerung seiner Genehmigung das ganze Verfahren vernichte, und nun der Proceß von neuen wieder angefangen werden müsse. Jedoch bemerkt Ulpian, daß bey der postulatio suspecti nicht leicht ein Defensor zugelassen werde. Er sagt: *Sed non facile per procuratorem quis suspectus accusabitur.* So liest die florentinische Ausgabe der Pandecten. Da aber hier sichtbar von dem angeklagten Vormunde die Rede ist, so meinen Viele [75]), es müsse statt accusabitur vielmehr *excusabitur* gelesen werden. So liest auch Haloander, und die Glosse bemerkt, daß es in einigen codicibus wirklich so heiße. Allein daß die Lesart *accusabitur* richtig sey, beweisen nicht nur die Basiliken [76]), in denen die Stelle griechisch also lautet: *οὐκ εὐχερῶς τὸ ὕποπτον κινεῖται διὰ διοικητοῦ*, welches nach den Worten soviel heißt, als *non facile suspecti accusatio movetur per procuratorem*, wofür aber Fabrot blos die Worte Ulpians beybehalten hat; sondern eben dieses bestärken auch die griechischen Interpreten, von denen

75) *Reinh.* Bachovius Notae et Animadv. ad Treutlerum Vol. I. Disp. IX. Th. 1. Lit. F. pag. 340. *Ger.* Noodt Comment. ad Dig. Tit. de Procurat. (*Operum* Tom. II. pag. 90.) *Jo. Ortw.* Westenberg Div. Marcus Diss. XXI. §. 16. pag. 230. *Jo. Jac.* Wissenbach Exercitat. ad Pand. P. I. Disp. LI. Th. 22. pag. 538. *Jo.* Vollenhove Diss. de suspectis tutorib. et curatorib. Cap. V. §. 1. Not. b. (in Oelrichs *Thes. nov. Diss. iurid. Belgic.* Vol. I. Tom. I. pag. 217.)

76) Tom. I. Lib. VIII. Tit. 2. Const. 39. §. 7. pag. 419. (edit. *Fabrot.*)

nachher die Rede seyn wird. Diejenigen, welche die florentinische Lesart unverändert beybehalten [77]), glauben, daß sich auch das *accusabitur* sehr gut in Beziehung auf den suspectus erklären lasse, nämlich so: *non facile permittetur*, *ut per procuratorem defendatur*, *qui suspectus est*; oder auch, wie Anton Schulting [78]) meint: *non facile quis per procuratorem suspecti accusationem sustinebit*. So haben nun dieses Gesetz auch die griechischen Commentatoren [79]) verstanden, deren Interpretation ich hier noch mit der

77) S. *Ulr.* Huber Eunomia Rom. Libr. III. ad L. 39. §. 7. D. de procurator. pag. 150 sq. *Ant.* Schulting Notae ad Dig. s. Pand. a *Nic.* Smallenburg animadversion. suis adjectis edit. Tom. I. Lib. III. Tit. 3. ad §. 7. L. 39. cit. pag. 438. *Joseph.* Finestres *et de* Monsalvo in Hermogeniani iuris Epitomar. libros VI. Commentar. Tom. I. Lib. I. ad L. 6. D. Ratam rem hab. §. 4. pag. 342. Ohne genugsamen Grund eignet *Ant.* Faber in Rational. in Pand. ad h. §. L. 39. Tom. I. pag. 338. diese ganze Stelle dem Tribonian zu, und hält sie für ungereimt, und eines Tribonians würdig. Er vertheidiget daher die Lesart *accusabitur* blos darum, weil er gerade hierin die Hand des Tribonians zu erkennen wähnt. Allein Huber c. l. §. 2. hat den offenbaren Ungrund dieser Beschuldigung gezeigt.

78) Enarrat. partis I. Digestor. s. Pandectar. Lib. III. Tit. 3. § 6. (in Ejus *Commentation. academ. Halae edit.* 1774. 8. Vol. IV. pag. 247.)

79) *Thalelaei*, *Theodori*, *Stephani*, *Cyrilli*, aliorumque ICtorum Graecorum Commentarii in Tit. D. et Cod. *de Procuratoribus et Defensoribus*. Ex Cod. MS. Bibliothecae Lugd. Batavae edidit, Latine vertit, et castigavit *David.* Ruhnkenius. (in *nov. Thes. iur. civ. et canon. Ger.* Meerman Tom. V. pag. 23.)

Uebersetzung von Ruhnken hinzufügen will: Ὅτι οὐκ εὐχερῶς διὰ προκουράτωρος κατηγορηθήσηται ὡς ὕποπτός τις, ἐπειδὴ αἰτία τῆς ἀτιμίας ὑπόκειται, τουτέστιν, οὐ παντὶ ἔξεστι τὴν ὕποπτον ἐπίτροπον ἀπόντα δεφενδεύειν, ἐπειδὴ περὶ ἀτιμίας ἐστὶ τῷ ἐπιτρόπῳ ὁ κίνδυνος. *Sed non facile quis in persona procuratoris suspectus accusabitur, quia famae causa agitur, id est, non cuivis licet suspectum tutorem absentem defendere, quia tutor famae discrimen subit.* Man sieht zugleich hieraus, daß das Wort *procurator* hier für defensor gebraucht worden, qui rei causam agere velit. Ein Defensor soll also für den, welcher als suspect angeklagt worden, nicht leicht zugelassen werden, und zwar aus dem beygefügten Grunde, quoniam famae causa est, also weil es eine Ehrensache ist, denn es gilt hier den guten Namen des Vormundes. Allein der Grund scheint nicht passend zu seyn, wie auch Westenberg [80]) bemerkt hat. Denn es wird ja sonst in causis famosis sowohl ein Procurator als Defensor zugelassen, und zwar mit der Wirkung, daß wenn auch der Stellvertreter verurtheilt worden, dennoch diesen so wenig, als seinen Principal die sonst das angeklagte Verbrechen begleitende Infamie trifft. Den Stellvertreter nicht, wenn er auch in der Sentenz mit Namen genennt ist, weil er nicht suo, sondern alieno nomine verurtheilt worden, und eben so wenig auch den Principal, weil er selbst nicht verurtheilt worden ist. Ulpian sagt *libro VI. ad Edictum* [81]):

80) Loc. cit. pag. 230.

81) *L.* 6. §. 2. *D. de his, qui notant. infamia.* Man verbinde damit noch die *L.* 1. *et L.* 14. *D. eod.*

Si quis *alieno nomine* condemnatus fuerit, *non laborat infamia*, et ideo nec *procurator*, vel *defensor*, vel tutor, vel curator, vel heres, *furti, vel ex alia simili specie condemnatus*, infamia notabuntur: nec ego [82]), si ab initio per procuratorem causa agitata est. Die Infamie scheint solchemnach in gar keine Betrachtung zu kommen, wenn die causa suspecti durch einen Stellvertreter geführt wird; und da auf diese Art die Infamie von den Vormunde abgewendet wird, wer wird an seiner Genehmigung zweifeln? wozu soll also sein Defensor noch de rato caviren?

82) Nämlich qui deliqui. Unrichtig liest Taurellius: nec ergo. Eben so Haloander, Miräus, Hugo a Porta, Merlinus, und Baudoza. Eben so auch die neueste Ausgabe von Beck. Allein Brenkmann bemerkt in der Göttinger Ausgabe des Corpus iuris civ., daß die florentinische Handschrift *nec* EGO lese, und diese Lesart wird auch durch die *Basilica* Tom. II. pag. 493. ὁ πλημμελήσας, und die Scholien derselben pag. 615. bestärkt. So liest auch *Claud.* CHEVALLONIUS in edit. *Paris* 1527. 8. und POTHIER in Pand. Justinian. Tom. I. Tit. de his qui notant. inf. Nr. XVI. Not. f. hat diese richtigere Lesart mit Recht in den Text aufgenommen. Die Lesart *nec* ERGO erklären daher *Jac.* CUJACIUS Comment. ad Tit. Pand. de minorib. XXV. ann. L. 3. §. 5. ad vv. *Ergo etiam. Franc.* HOTOMANUS Observation. Lib. VII. Cap. 16. *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. Tit. de his, qui not. infam. §. Ait Praetor: *suo nomine damnatus.* (*Oper. T. II. pag.* 78.) und *Guil.* BEST Ratio emendandi Legg. Cap. I. §. VII. nr. 3. pag. 34. (edit. *Neuhaus.*) für einen Irrthum, und führen mehrere Beyspiele an, wo eine ähnliche Verwechselung des EGO mit *ergo* vorkommt. Man s. auch *Ant.* SCHULTING Notae ad Dig. vel Pand. Tom. I. pag. 412.

Allein die Strafe der Infamie darf hier nicht vereitelt werden. Deswegen sagt Ulpian, nur ein Procurator sey bey der postulatio suspecti zuzulassen, der mit einem Special-Auftrage versehen ist. Es tritt hier ein ganz anderes Verhältniß ein, als wenn sonst eine Klage ex causa famosa erhoben wird. Denn wird z. B. die actio furti angestellt; so handelt sich's hier blos um ein pekuniäres Interesse. Solche famöse Klagen lassen ohne Bedenken einen Defensor zu. Hier ist der Kläger vollkommen gesichert, wenn der Defensor die cautio iudicatum solvi leistet. Eine cautio de rato ist hier nicht nöthig. Die Execution wird gegen den defensor vollstreckt [83]. Von einer Infamie kann keine Rede seyn, weil er nomine alieno condemnirt wird. Auch selbst denn nicht, wenn der Verklagte den Procurator selbst bestellt hatte. Denn auch hier wird die Sentenz gegen den Procurator gesprochen, und es würde sogar eine Nichtigkeit des Verfahrens erzeugen, wenn in der Sentenz nicht der Procurator, sondern der dominus wäre genennt worden [84]), obwohl die Execution gegen den Principal vollstreckt wird [85]). Bey solchen actionibus famosis fand auch das ordentliche Proceßverfahren, iudice dato, Statt. Allein Art und Zweck des Verfahrens in causa tutoris suspecti ist davon ganz verschieden. Die postulatio suspecti ist keine gemeine Civilklage. Ihr Zweck ist auf Absetzung des untreuen Vormundes gerichtet, welche jedoch eine Ver-

83) *L.* 61. *in fin. D. de procurator.*

84) *L.* 1. *C. de sentent. et interlocut.* (VII. 45.) S. Mühlenbruch's Lehre von der Cession der Forderungsrechte. §. 7. Nr. 2. S. 46 ff.

85) *L.* 61. *D. de procuratorib.*

urtheilung enthält. Dieser Zweck kann durch einen Defensor nicht erreicht werden. Dieser würde nur aus der stipulatio de rato haften, wenn der Principal sich beym Judicate nicht beruhigen, und von der Tutel nicht abgehen wollte. Von einem solchen pekuniären Interesse hingegen, wie bey der actio furti zur Sprache kommt, kann hier nicht die Rede seyn. Zu seiner Entschädigung steht dem Pupillen gegen seinen Vormund die actio tutelae zu. Da diese vor Endigung der Tutel nicht erhoben werden kann, so soll ihr durch die postulatio suspecti, und Absetzung des Vormundes der Weg gebahnt werden. Eben deswegen, weil durch die postulatio suspecti kein pekuniäres Interesse verfolgt wird, wie durch die actio surti und andere famöse Klagen, fand bey dem iudicio suspecti das sonst bey solchen Klagen gewöhnliche Proceßverfahren nicht Statt, sondern die causa suspicionis ward extra ordinem, d. i. von der Obrigkeit selbst, nullo iudice dato, untersucht, und das Urtheil von ihr selbst gesprochen, wie auch das Wort cognitio andeutet, welches überall bey der postulatio suspecti gebraucht wird [86]. Die gesetzliche Strafe der Infamie sollte aber nicht vereitelt werden. Daher soll kein Defensor für den angeklagten Vormund zugelassen werden, sondern demselben nur die Vertheidigung durch einen Procurator erlaubt seyn, wenn er denselben mit einer Specialvollmacht versehen hat. Die Verurtheilung wird aber hier nicht gegen den Procurator, sondern gegen den Vormund selbst gerichtet, und er entgeht daher der Strafe der Infamie nicht, wie Anton

86) *L.* 1. §. 3. *et* 5. *D. h. t.* §. 7. *et* 8. *I. eod.* *L.* 1. §. 11. *D. ad SCtum Turpillian.* (XLVIII. 16.)

Quintanaduegna [87]) sehr gut gezeigt hat. Ich will nur noch eine Stelle aus den Commentaren der griechischen Interpreten mit Ruhnkens Uebersetzung [88]) zu mehrerer Bestärkung hinzufügen. Der Commentator Stephanus, indem er den Zweifel zu lösen sucht, der daher entstehen könnte, quod nemo, qui per procuratorem litigat, infamis fiat, äussert sich über alles, was bisher gesagt worden, auf folgende Art: Ἀλλὰ τότε χώραν ἔχει τὰ εἰρημένα, ἔνθα ἡ καταδίκη κατὰ τῶν δεφενδένόντων ἐκφέρεται, ὡς ἐπὶ τῆς φούρτι καὶ τῶν ὁμόιων ἀγωγῶν. Ἐπὶ γὰρ τούτων οὔτε ὁ προκουράτωρ ἀτιμοῦται μὴ ἐναχθεὶς suo nomine, οὔτε ὁ πρωτότυπος, ἐπειδὴ οὐ γέγονεν εἰς αὐτὸν καταδίκη. Οὔτε γὰρ ὁ δικαστὴς ἀποφαίνεται ἐκ τῶν παρ᾽ ἐμοὶ κεκινημένων εὑρίσκων τόνδε, τουτέστιν, τὴν πρωτότυπον κλοπὴν ἡμαρτηκότα, ἢ δόλον περὶ τὸ δεπόσιτον πεποιηκότα. Διά τοι τοῦτο συνορᾷ τόνδε τὴν δεφένσορα αὐτῷ δοῦναι τόσους χρυσούς. Ἐνταῦθα δὲ οὐκ ἐστιν ἀγωγὴ κινουμένη, ἀλλ᾽ ἐξτραόρδινεμ γυμνάζεται τὸ της ὑποψίας ἐγκλημα, καὶ ἡ καταδίκη εἰς την πρωτότυπον ἀναφέρεται, καὶ εἰκότως ἀτιμοῦται. Οὔτε γὰρ ὁ δικαστὴς ἀποφαίνεται· συνέστι τόνδε ἐπίτροπον εἶνάι σούπεκτον, ἢ τῷ ἰδικὸν ἔχοντι περὶ τούτου μανδάτον, ἢ ὁπηνίκα μέλλει κατ᾽ αὐτοῦ καὶ ἀπόντος ὁ ἄρχων μὴ δεφενδενομένου, ψηφίζεσθαι. i. e. *Sed, quae dicta sunt, tunc locum habent, si sententia adversus defensores lata sit, ut in furti, et similibus actionibus. Nam in his*

87) De iurisdictione et imperio. Lib. I. Tit. 10. nr. 24 sqq. (in *Thes. Meerman.* Tom. II. pag. 257.)

88) In Thes. Meerman. Tom. V. pag. 23. sq.

neque procurator notatur, non conventus suo nomine, neque principalis, quod condemnatio in eum non data est. Neque enim iudex ex iis, quae a me agitata sunt, pronuntiat, illum, id est, principalem aut furtum fecisse, aut in deposito dolo malo egisse: sed potius id animadvertens definit, istum defensorem adversario tot aureos daturum. Hic vero non est actio mota, sed extra ordinem agitatur suspecti crimen, et condemnatio in principalem datur, et recte infamia notatur. Neque enim iudex pronunciat, istum tutorem suspectum videri, nisi cum speciale hac de re mandatum habet procurator, aut quando Praetor de eo absente, quasi non defenderetur, est pronuntiaturus.

Einen Fall nimmt jedoch **Ulpian** aus, wo ein Defensor ohne besondern Auftrag für den tutor suspectus zugelassen werden muß, nämlich den, wenn die Obrigkeit in der Abwesenheit des Vormundes die Sache untersuchen, und den abwesenden Tutor removiren will. Hier kann und muß ein Defensor, der die Abwesenheit oder auch die Unschuld des Abwesenden zu vertheidigen sucht, gegen Caution de rato zugelassen werden, damit der Prätor nicht ohne einen Angeschuldigten verfahre[89]. Daß zur Entschuldigung der Abwesenheit ein Defensor zuzulassen sey, weil der Vormund sonst, wenn er auf geschehene Vorladung nicht erscheint, schon des Ungehorsams wegen als suspect removirt werden könnte, ist ausser Zweifel[90]. Jedoch soll dieses nach

89) S. *Hub.* Giphanius ad L. 39. §. ult. D. de procurator. n. 36. (in Ejus *Lecturis Altorphin.* pag. 42.) und *Ulr.* Huber Eunom. Rom. ad eand. L. pag. 150.

90) *L. 7. §. ult. D. h. t. L. 71. D. de procurat.*

Ulpians[91]) Ausspruche mit Vorsicht, und anders nicht, als nach sorgfältiger Untersuchung der Sache, und also nur sehr selten geschehen. Man setzt auch hier einen solchen Fall voraus, wo den Vormund, wenn er auch sich selbst vertheidigte, doch auch selbst wenn er abgesetzt würde, keine Infamie treffen könnte[92]). Aber auch zur Vertheidigung der Unschuld würde hier nach einem Rescript des Kaisers Antoninus Caracalla ein Defensor zuzulassen seyn. Ulpian sagt ausdrücklich *libro IX. ad Edictum*[93]):

Ubicunque absens quis damnari potest, ibi quemvis verba pro eo facientem, et innocentiam[94])

91) *Cit. L.* 7. *h. t.*

92) S. *Jos.* Finestres *et de* Monsalvo Hermogenian. c. l. §. 5—8. pag. 343 sq.

93) *L.* 33. §. 2. *D. de procurator. et defensorib.*

94) Mehrere Rechtsgelehrten halten die Lesart innocentiam für fehlerhaft, und wollen dafür *absentiam* lesen. Cujaz ad Pauli *Sentent. Recept.* Lib. V. Tit. 16. §. 11. verfiel zuerst auf diese Emendation, weil die Unschuld keiner Excusation bedürfe. Ihm huldigten Wissenbach in Exercitat. ad Pand. P. I. Disp. XII. Th. 18. pag. 108. Matthaei de Criminibus Lib. XLVIII. Tit. 13. Cap. IV. nr. 1. Lectius ad Aemil. Macrum de publicis iudiciis u. a. Allein die Richtigkeit der florentinischen Lesart bestärkt theils die Uebereinstimmung derselben mit allen übrigen, theils die Auctorität der Basiliken, welche Lib. VIII. Tit. 2. Const. 33. §. 2. (Tom. I. pag. 416. edit. *Fabroti.*) *καὶ δεικνύντα αὐτὸν ἀνεύθυνον* haben. Cujacius hat in der Folge Observation. Lib. XX. cap. 20. seine Emendation wieder zurückgenommen, und die gemeine Lesart vertheidiget. Man vergl. noch *Ant.* Schulting Thes. controversar. Decad. X. Th. 3. (Vol. III. *Commentation. academicar. Halae* 1774. 8. *editar.* pag. 28.) *Pet. de*

excusantem audiri aequum est, et ordinarium admittere: quod et ex rescripto Imperatoris nostri[95]) apparet.

§. 1352. b.

Heutiger Gebrauch dieses Titels.

Ueber die heutige Anwendbarkeit dieses Titels sind die Urtheile der praktischen Rechtsgelehrten sehr verschieden. Einige[96]) sprechen ihm allen Gebrauch ab, weil die Obrigkeit von den Vormündern alle Jahr Ablegung der Rechnung fordern könne. Dieß mache alle postulatio suspecti überflüssig. Ergiebt sich ihre schlechte Wirthschaft aus der Rechnung, so könne die Obrigkeit von Amts wegen verfahren, ohne auf einen Ankläger warten zu dürfen. Andere[97]) hin-

Toullieu Collectan. iur. civ. a *Jo.* Wolbers edit. Diss. IV. Cap. 1. *Jo. Guil.* Marckart Probabil. receptar. Lection. iuris civ. P. II. pag. 63 sq. besonders *Dan.* Deutz Diss. ad Ulpiani fragmentum, quod extat in L. 33. §. 2. D. de procurat. et defens. *Lugd. Batav.* 1739. (in *Ger.* Oelrichs *Thes. Dissertation. iurid. selectiss. Belgicar.* Vol. I. Tom. III. Nr. XXVIII. p. 310—336.)

95) Cujacius Observat. c. l. versteht hier den Kaiser Alexander Severus. Allein es ist Antoninus Caracalla, unter dem Ulpianus seine libros ad Edictum geschrieben hat. S. *Ant.* Schulting ad Pauli *Sent. Recept.* Lib. V. Tit. 16 § 11. not. 30. (in *Jurispr. vet. Antejustin.* pag. 494.) und Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. 1. Abth. §. 100 a. S. 370.

96) Bachov Comment. ad §. 2. I. h. t. et in not. ad *Wesenbec.* h. t. nr. 8. in fin. und *Pet.* Müller ad *Struvii* Synt. iur. civ. Exerc. XXXI. Th. 55. not. η.

97) *Jo.* Schilter Prax. iuris Rom. Exercit. XXXVII. §. 137. Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 1. Struv Synt. iur.

gegen halten den Titel noch jetzt für practisch. Noch andere[98]) behaupten, die Anklagen untreuer Vormünder wären wenigstens heutiges Tages selten. Die richtigere Meinung ist. Als römische accusatio ist die postulatio suspecti tutoris jetzt nicht mehr im Gebrauche. Von einer eigentlichen Klage ist auch keine Rede mehr. An deren Stelle sind die Denunciationen getreten, welche noch h. z. T. jedem Staatsbürger erlaubt, den Mit- und Ehren-Vormündern aber zur Pflicht gemacht sind[99]). Die competente Gerichtsobrigkeit untersucht dann die Sache von Amts wegen, und erkennt über die Remotion[100]). Wie das heutige Verfahren gegen einen verdächtigen Vormund von dem Römischen unterschieden sey, ist schon oben[1]) gezeigt worden. Die Anwendbarkeit der übrigen Grundsätze des Röm. Rechts läßt sich dagegen nicht bezweifeln[2]). Statt der

civ. Exerc. XXXI. Th. 55. und Schmidts pract. Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden. §. 1087—1091.

98) Höpfner theor. pract. Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 257. und Haubold ad *Bergeri* Oeconom. iuris Lib. I. Tit. IV. Th. 12. not. d. (Tom. I. pag. 216.)

99) S. Allg. Preuß. Landrecht. 2. Th. 18. Tit. §. 926. und §. 929. Der Stadt Frankfurt erneuerte Reformation vom J. 1578. f. Th. VII. Tit. 4. §. XVIII.

100) Frankf. Reformation a. a. O. §. XIX. Ostfriesisches Landrecht. Lib. II. Cap. 228. S. 538. Fränkische Landgerichtsordnung. 3. Th. Tit. XXV. §. 4. Bayerisches Landrecht. 1. Th. 7. Kap. §. 23. und allgem. Preuß. Landrecht a. a. O. §. 924.

1) S. §. 1351 a. S. 95.

2) S. Dabelow's Handbuch des Pandectenrechts. 3. Th. §. 307. S. 583. a. E.

Infamie wird jetzt eine willkührliche Strafe erkannt [3]), obwohl auch in einigen Land- und Stadtrechten noch die Strafe der Infamie, oder, wie sie darin genennt wird, der Ehrenschmälerung bestätiget worden ist [4]).

§. 1353.

Ursachen der Endigung der Vormundschaft. I. Allgemeine.

L. 15. *D. de tutelis. L.* 7. *pr. D. de capite minutis.*

Ausser der Remotion eines suspecten Vormundes, wodurch die Vormundschaft nur in seiner Person geendiget, und ein Anderer an dessen Stelle von der Obrigkeit gesetzt wird, giebt es noch andere Ursachen der Beendigung, welche bey Gelegenheit der Remotion hier pflegen angegeben zu werden [5]). Diese sind theils allgemeine, welche sowohl bey den Vormündern, als den Pflegbefohlnen Statt finden, theils eigene oder besondere Ursachen, welche entweder nur in der Person derjenigen, die sich in der Vormundschaft befinden, oder blos in der Person der Vormünder eintreten, oder in der Art der Delation ihren Grund haben. Soviel nun

I. die allgemeinen Ursachen betrifft, welche in der Person des Vormundes, wie des Pflegbefohlnen, eintreten können, so gehört dahin

1) der Tod [6]). Denn stirbt der Vormund, so kön-

3) Reichs-Policey-Ordnung vom J. 1577. Tit. XXXII. §. 3. Bayersch. Landrecht a. a. O. und von Kreittmayrs Anmerkungen 1. Th. 7. Kap. §. 23 a. E.

4) S. die Fränk. Land-Gerichts-Ordn. a. a. O. §. 10. u. das Hamburg. Stadtrecht. P. III. Tit. 6. Art. 19.

5) S. Donellus Commentarior. de iure civ. Lib. III. Cap. 14. et 15.

6) §. 3. *I. Quib. mod. tut. finit.* (I. 22.) *L.* 4. *pr. D. de tutelae et rationib. distrah.* (XXVII. 3.)

nen dessen Erben, als Erben, die Vormundschaft nicht fortsetzen, weil die Vormundschaft, als ein munus personale, wobey zugleich auf Treue und Fleiß der Person gesehen wird [7]), nicht auf die Erben übergeht, ja schon an sich, als eine potestas in caput liberum, nicht erblich übergehen kann [8]). Sciendum est, sagt daher Gajus *Libro XII. ad Edictum provinciale* [9]), nullam tutelam *hereditario iure* ad alium transire. Auch die legitima tutela macht keine Ausnahme. Zwar sagt Ulpian *libro XXXVIII. ad Edictum* [10]): Morte tutoris successio debet in legitima tutela admitti. Allein dieß ist von keiner successio hereditaria zu verstehen, sondern heißt nur, wie Ulpian selbst sagt, soviel, daß der folgende legitimus in die tutelae administratio eintrete, wenn der Nähere stirbt. Zufällig kann zwar der, qui post eum est, als nächster Verwandter, des Verstorbenen Erbe seyn, allein deswegen succedirt er nicht iure hereditario in die Tutel [11]). Eben dieß ist es auch, wenn Gajus in der angeführten Stelle noch hinzufügt: Sed ad liberos virilis sexus perfectae aetatis *descendunt legitimae:* ceterae non descendunt. Doch müssen die Erben, in so fern sie dazu fähig sind, die von dem verstorbenen Vormunde angefangenen Geschäfte vollenden, und besonders die angefan-

7) *L* 18. §. 1. *D. de munerib. et honorib.* (L. 4.)

8) S. *Ant.* Fabri Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XII. Princip. I. Illat. 24. pag. 708.

9) *L.* 16. §. 1. *D. de tutelis.*

10) *L.* 3. §. 9. *D. de legitim. tutorib.*

11) S. Donellus c. l. Cap. XIV. §. 12. und Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts 1. B. 2. Abth. §. 232. S. 865. Not. 14. a.

genen Processe, bis zur Rechnungsablegung, fortsetzen, wenn sie nicht wegen Liegenlassens derselben sich verantwortlich machen wollen. Jedoch haften sie nur für den Dolus[12]. Was von der Tutel gilt, gilt auch von der Curatel. Neque enim *ad curatoris etiam succes-*

12) *L.* 1. *pr. D. de fideiussor. et nominator. et heredib. tutor. et curator.* (XXVII. 7.) POMPONIUS *libro XVII. ad Sabinum:* Quamvis *heres tutoris* tutor non est, tamen ea, *quae per defunctum inchoata sunt*, per heredem, si legitimae aetatis, et masculus sit, explicari debent: in quibus *dolus eius* admitti potest. — *L.* 27. *D. de Appellat.* (XLIX. 1.) HERMOGENIANUS *libro V. iuris Epitomarum.* Tutor si in negotio pupilli provocaverit, vel curator in adulti, heres eius, *antequam reddat rationes*, appellationis causam persequi debet: *nam post redditas rationes nec ipse tutor*, *nec curator appellationis merita probare cogitur.* Es kann daher wohl nur als ein Zweifelsgrund gelten, wenn Aemilius Macer *libro II. de Appellationibus*, woraus der Tit. Dig. *Si pendente appellatione mors intervenerit* (XLIX. 13.) genommen ist, die entgegengesetzte Meinung, nämlich heredem tutoris causas appellationis reddere necesse esse, *etiamsi rationes tutelae heres reddiderit*, aus dem Grunde aufstellt, *quia sufficit, mortis tempore ad causas appellationis reddendas obligatum fuisse.* Das von ihm selbst angeführte Rescript der Kaiser Severus und Antoninus hat den Knoten gelöst. Sed divi SEVERUS et ANTONINUS, sagt er, rescripserunt: *non cogendum tutorem*, *post rationes redditas*, *causas appellationum reddere.* Man vergl. *Marqu.* FREHERI Παρέργων seu Verisimilium Lib. II. cap. 22. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. I. pag. 934. sq.) und *Jos.* FINESTRES *et de* MONSALVO Commentar. in Hermogeniani iuris Epitomar. libros ad L. 27. D. de appellat. §. 3. pag. 897.

sores officium administrationis transire, ideoque nullam alienandi eos res adultae potestatem habere convenit; so rescribirten die Kaiser Diocletian und Maximian an die Claudia [13]). Diese gesetzliche Bestimmungen schienen nun zwar, wenn sich die Vormundschaft durch den Tod des Vormundes endiget, keinesweges überflüßig zu seyn, um allenfalls dem möglichen Einwurfe zu begegnen, daß der Erbe in die Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers eintrete [14]). Allein wo war nur irgend ein Zweifelsgrund denkbar, daß die Tutel auch durch den Tod des Pflegbefohlnen aufhöre? Freylich in Rücksicht auf die Person des verstorbenen Pfleglings keiner, weil dieser nun, da er für die Welt zu existiren aufgehört hat, keines Vormundes weiter bedarf. Aber in Rücksicht der Verwaltung des Vermögens hätte doch einiger Zweifel entstehen können. Um diesen zu beseitigen, war es denn auch nicht überflüßig, gesetzlich zu bestimmen, daß durch den Tod des Pupillen oder Pflegbefohlnen die Tutel beendiget sey, um dadurch anzuzeigen, daß mit dem Tode des Pfleglings auch die Verwaltung seines Vermögens ein Ende habe [15]).

2) Die *Capitis deminutio*, und zwar hebt a) in der Person des Pupillen oder Pflegbefohlnen eine jede Art der Capitis deminutio die Vormundschaft auf [16]).

13) *L.* 17. *C. de negot. gest* (II. 19)

14) *L.* 24. *D. de Verb. Signif. L.* 62. *D. de div. Reg. iuris.*

15) S. DONELLUS Commentar. Lib. III. cap. 14. §. 8 (Vol. II. pag. 183. sq. edit. *noviss. Norimberg.*)

16) §. 1. *et* §. 3. *in fine J. Quib. mod. tut. finit.* (I. 22) *L.* 14. *pr. et* §. 1. *et* 2. *D. de tutelis. L.* 2. *D. de legitim. tutor.*

α) Die minima, wenn derselbe arrogirt wird, weil er dadurch in die väterliche Gewalt und Familie des Arrogators kommt [17]. β) Die media, wenn er eines Verbrechens wegen deportirt worden ist, welches jedoch bey dem Pupillen voraussetzt, daß er pubertati proximus sey [18]. γ) Die maxima, wenn er durch feindliche Gefangenschaft, oder durch undankbares Betragen gegen seinen Patron die Freyheit verlor [19]. b) In der Person des Vormundes hört hingegen die Vormundschaft nur denn auf, wenn er eine capitis deminutio maxima, oder media d. h. eine solche erleidet, wodurch er die Freyheit oder Civität verliert [20]. Die minima capitis deminutio

17) *l.* 1. *D. de adopt.* *L.* 11. §. 2. *D. de bonor. possess. sec. tabulas.* (XXXVII. 11.) S. *Ant.* FABRI Juris-prud. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. I. Illat. 21. pag. 705. sq.

18) *L.* 13. §. 1. *L.* 14. *D. de dolo malo* (IV. 3.) *L.* 23. *D. de furt.* (XLVII. 2.) *L.* 5. §. 2. *D. ad Leg. Aquil.* (IX. 2.) *L.* 1. §. 6. *D. Ne vis fiat ei.* (XLIII. 4.) *L.* 111. *D. de Reg. iur.* (L. 17.) S. Dirksen über die pupillos infantiae vel pubertati proximos. (im Rheinischen Museum für Jurisprudenz von Hasse 1. Jahrgg. Bonn 1827. S. 316 — 326.)

19) S. THEOPHILUS *in Paraphr. gr. Inst. ad* §. 1. *Quib. mod. tut. finit.*

20) §. 4. *J. Quib. mod. tut. finit.* *L.* 14. §. 2. *D. de tutelis.* *L.* 2. *Cod. de legitima tutela.* (V. 30.) Diesem scheint jedoch die *L.* 15. *D. de tutelis* entgegen zu streiten, wo Ulpian sagt: Si quis tutor non sit captus ab hostibus, sed missus ad eos quasi legatus, aut etiam receptus ab eis, *aut* TRANSFUGERIT, *quia servus non efficitur, tutor manet*: sed interim a Praesidibus *alius tutor* dabitur. Nach dieser Stelle soll also sogar

des Vormundes, z. B. wenn er sich arrogiren läßt, hebt der Transfuga noch tutor bleiben, der doch nach klaren Gesetzen eine capitis deminutio media erleidet. *L.* 5. §. 1. *D. de capite minut.* (IV. 5.) *L.* 14. *D. Ex quib. caus. maiores.* (IV. 6.) *L.* 19. §. 7. *et* 8. *D. de Captivis et postlim. revers.* (XLIX. 15.) Man hat sich viel Mühe gegeben, das Räthsel zu lösen. Einige haben mittelst der Critik zu helfen gesucht, und diese Versuche sind sehr verschieden ausgefallen. *Hug.* Donellus Comm. III. 14. §. 10. pag. 185. zieht die Worte: *aut etiam receptus ab eis aut transfugerit*, mit Hinweglassung des Komma nach eis, in einen Satz zusammen, und erklärt das aut durch *haut* i. e. non, welches besonders in den florentinischen Pandecten nicht ungewöhnlich ist, z. B. *L.* 1. *D. de solution.* Allein diese Emendation hat wenig Beyfall gefunden, und wird namentlich verworfen von *Jos. Fernand. de* Retes in Commentar. ad Tit. Dig. de Interdictis et Relegatis Lib. I. cap. 4. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. V. pag. 1207.) und *Ant.* Schulting in Notis ad Dig. s. Pand. a *Smallenburg* edit. Tom. IV. ad L. 15. D. de tutel. pag. 392. *De* Retes c. l. will dafür das erste aut mit haud vertauschen, und so lesen: *haud etiam receptus ab eis, aut fugerit. Ger.* Noodt in Comm. ad Dig. Lib. XXVI. Tit. 5. de tutor. et curat. dat. §. *Illud quale* geht in seiner Critik noch weiter. Er liest statt *quasi legatus*, quasi legb. Für *aut etiam receptus*, liest er haut etiam receptus, und die Worte *aut transfugerit* streicht er als spuria ganz weg. Auch Wissenbach in Exercitat. ad Pand. P. I. Disp. L. Th. 5. pag. 521. hält die Worte: *aut transfugerit* für den Zusatz eines unwissenden Juristen. Bescheidener emendirt *Nicol.* Anton de Exilio, sive de Exilii poena. Lib. I. Cap. 8. nr. 20. (in *Thes. Meerman.* Tom. III. pag. 28.) Er will nur mit Hinweglassung eines einzigen Buchstabens, nämlich ut *transfugerit*, statt *aut*

die Tutel nicht auf[21]), weil auch ein filiusfamilias Vor-

transfugerit lesen, welches denn soviel heißen soll, als QUASI *transfugerit.* Er erklärt nämlich die Stelle Ulpians von einem blos verstellten Ueberlaufen, welches nur zum Schein, und in der Absicht geschahe, um die Lage und Beschaffenheit des Feindes auszukundschaften. Dagegen hat aber *Marc.* LYCKLAMA *a* NYHOLT Membranar. Lib. VII. Eclog. 35. §. 1. pag. 389. Mehreres nicht ohne Grund erinnert. *Jo.* CANNEGIETER ad Domitii Ulpiani fragmenta libri singularis Regularum. (*Lugd. Batav.* 1774. 4.) Tit. X. §. 4. pag. 53. weicht von allen ab. Statt *aut etiam* will er antequam, und statt *aut transfugerit*, ALIO transfugerit lesen. Er meint, die Schuld liege an dem Abschreiber. Der habe die alten Noten nicht verstanden. VALERIUS PROBUS müsse uns hier den Weg zeigen. Mit Hülfe desselben müsse man die verdorbene Stelle so lesen: *antequam receptus ab eis* (hostibus) *esset*, *alio transfugerit*, (nämlich aus Furcht, in feindliche Gefangenschaft zu gerathen.) So weit gehen die Versuche der Critik, von denen aber keiner so gelungen ist, daß er auf Beyfall Anspruch machen könne. Ohne Emendation haben daher viele das Gesetz zu erklären versucht, jedoch auch mit ungleichem Erfolge. *Jac.* CUJACIUS Observation. Lib. IV. cap. 9. glaubt aus diesem Gesetz beweisen zu können, daß durch eine media capitis deminutio des Vormundes nicht immer die Tutel aufgehoben werde. Mit einem Transfuga habe es nicht eben die Bewandniß, wie mit einem Deportatus. Dieser sey ἀπόλιδες, nullius civitatis civis. Allein der Transfuga, wenn er von den Feinden aufgenommen wird, werde alienae civitatis civis. LYKLAMA *a* NYHOLT c. l. hat jedoch dem großen Cujaz mit Recht den §. 4. *I. Quib. mod. tut. solv.* entgegengesetzt. Er selbst erklärt das Gesetz auf folgende Art. Der Transfuga erlitte durch sein Factum allein noch keine capitis deminutio. Er verlor zwar die

mund seyn kann [22]); und war er schon als filiusfamilias

Civität, indem er sich vom Feinde aufnehmen ließ, weil er dadurch civis alienae civitatis wurde; denn das ius mutandae civitatis stand jedem Römer frey. Cicero *pro Cornelio Balbo*. Cap. 11 et 12. Allein die capitis deminutio media war eine Capitalstrafe, und erforderte eine Verurtheilung, wodurch der Ueberläufer für einen Feind des Vaterlandes erklärt, und seine Güter confiscirt wurden. *L.* 7. §. 3. *D. de cap. minut. L.* 103. *D. de Verb. Signif. L.* 2. *D. de poen. L.* 5. § 3. *D. de extraord. cognit.* Cicero *pro Domo sua*. Cap. 13. Bis zu seiner Verurtheilung, wodurch er erst eine capitis deminutio media erlitte, blieb er also civis, mithin auch tutor, denn man pflegte die Ursachen des Ueberganges zu den Feinden doch erst näher zu untersuchen, ehe man ihn verurtheilte. *L.* 4. §. 15. *D. de re militari. L* 5. §. 8. *D. eodem.* Daher wurde bis dahin ein Interims-Vormund bestellt. So erkläre sich nun auch der beygefügte Grund: *quia servus non efficitur, tutor manet.* Nicht sehr verschieden davon ist die Erklärung des Bachovius ad *Treutlerum*. Vol. II. P. I. Disp. VIII. Th. 7. Lit. F. ad vv. *An transfuga*. pag. 451. welcher nur noch den Grund hinzufügt, daß sich der Vormund auch nicht durch seine eigne Handlung der Bürde der Vormundschaft entledigen dürfe. Weniger empfehlend ist die Ansicht des *Ant.* Fabri in Jurispr. Papinian. Tit. XII. Princ. I. Illat. 21. pag. 706. welcher unser Gesetz von einem tutor erklärt, qui non in civitate datus fuerat, sed *in provincia*, weil gesagt wird, es sey interim a Praesidibus ein alius tutor zu ernennen. So wie nun bey den Provinzialen, um tutor zu werden, das Röm. Bürgerrecht nicht nothwendig gewesen sey: so habe sich auch bey ihnen die Tutel nicht geendiget, wenn sie aufgehört hatten, cives zu seyn. Eben so unbefriedigend ist die Erklärung des *Jac.* Constantinaeus in subtilium Enodation. seu Elucidation.

Vormund, und er wird von seinem Vater emancipirt, so hört er darum nicht auf Vormund zu seyn, weil er civis bleibt [23]. Nur bey der legitima tutela machte das ältere Recht eine Ausnahme. **Ulpian** sagt *libro XXXV. ad Edictum*, woraus die *L.* 5. §. *ult. D. de legitimis tutoribus* genommen ist.

Si legitimus tutor *capite minutus sit*, dicen-

Lib. II. cap. 26. (in *Th. iur. Rom. Ottonian.* Tom. IV. pag. 606.) welcher den Aufschluß in der Ausmittelung der rechten Bedeutung von Transfuga gefunden zu haben glaubt. Er führt fünf verschiedene Bedeutungen an, von denen die letztere hier entscheidend seyn soll, nach welcher diejenigen für *transfugae* gehalten werden, qui vel ab hostibus capti, vel apud illos Legatione functi, cum poterant aut debebant redire, non redierunt, sive incaute, sive aliquo fato, aut casu praepediti, ob *L.* 5. §. 5. *D. de re militari.* Pothier in Pand. Justinian. Tom. II. Tit. de tutelis. Nr. XI. not. a. pag. 93. sucht auf demselben Wege zu helfen. Er versteht das Gesetz nicht von denen, die aus feindseliger und verrätherischer Absicht zu den Feinden übergehen, sondern nur ad tempus sine dolo transfugiunt, (vielleicht um dadurch mächtigern Feinden zu entgehen, die sie im Vaterlande haben) et animum revertendi conservant. Unter diesen verschiedenen Erklärungen scheint die des Lycklama *a* Nyholt das Meiste für sich zu haben. Man vergleiche noch mit der oben angeführten Stelle Desselben Membran. Lib. V. Cap. 17. pag. 555 sqq.

21) §. 4. *I. Quib. mod. tutela finit.* Theophilus *in Paraphr. gr.* hat: *οἷον ἐὰν ἑαυτὸν εἰς ἀδρογατιόνα παράσχῃ.* i. e. *veluti si in adrogationem se dederit.*

22) *Pr. I. Qui testam. tutores esse poss.*

23) S. Donellus Comment. Lib. III. cap. 14. §. 11.

dum est, *desinere eum esse tutorem*, et locum esse iudicio tutelae, finita tutela.

Auch **Justinian** macht in seinen Institutionen einen genauen Unterschied zwischen der legitima tutela, und den übrigen Tutelen. Er sagt §. 4. *Quib. mod. tut. finitur:*

Minima autem capitis deminutione tutoris, veluti si se in adoptionem dederit, *legitima* tantum *tutela* perit: ceterae non pereunt.

Hierher gehört auch die so sehr bestrittene, und so vielseitig erklärte Stelle des **Paulus** aus desselben *Libro XI. ad Edictum* [24]), welche also lautet:

Tutelas etiam non amittit [25]) capitis minutio,

24) *L.* 7. *pr. D. de tutel.* (IV. 5.)

25) *Amittit* steht hier für adimit, oder tollit. In eben dieser Bedeutung gebraucht das Wort amittere auch Ulpianus *L.* 6. *in fin. D. eodem.* und *L.* 15. §. 7. *D. de Usufr.* S. *Corn. van* Bynkershoek Observation. iuris Rom. Lib. I. Cap. 11. und *Ant.* Schulting Enarrat. part. I. Digestor. s. Pand. Lib. IV. Tit. 5. §. 4. Andere wollen jedoch die Leseart für fehlerhaft halten, und für amittit, wie z. B. *Herm.* Noordkerk Observation. Decade (*Amstel* 1731. 8.) Cap. 3. pag. 48. sqq. admittit lesen, oder die Worte capitis minutio, welche durch eine mißverstandene Abbreviatur erzeugt seyn sollen, in *capite minutus* emendiren. Dieß letztere ist eine Conjectur von *J. A.* Roell in Diss. exhib. conjecturas ad quasdam Leges Digestorum. *Traj. ad Rhen.* 1712, der auch *Jo. van der* Linden in Supplemento ad *Jo.* Voet Commentar. ad Pandect. (*Traj. ad Rhen.* 1793. f.) Sect. I. Lib. IV. Tit. 5. §. 2. pag. 90. Beyfall giebt. Beyde Conjecturen aber widerlegt die ganz unbestrittene Bedeutung des hier gebrauchten Worts *amittere*. Die Emendation des Noordkerk, welche über-

exceptis his, *quae in iure alieno personis positis deferuntur* [26]. Igitur testamento dati, vel ex lege

dem die natürliche Verbindung mit der vorhergehenden *L.* 6. *eod.* wo es heißt, daß die minima capitis deminutio die officia, quae publica sunt, nicht aufhebe, offenbar zerreißt, hat auch schon *Jo. Lud.* CONRADI Reprehensor. in Observationib. super iure civ. diversor. libro sing. pag. 65 sqq. aus hinlänglichen Gründen verworfen.

26) Wegen dieser Worte: *exceptis his, quae in iure alieno positis personis deferuntur*, wird diese Gesetzstelle für eine der schwierigsten in den Pandecten gehalten. In der Sache selbst liegt keine Schwierigkeit. Denn daß die Ausnahme von legitimis tutelis zu verstehen sey, lehrt der ganze Zusammenhang, und Paulus sagt es uns ja nachher selbst ganz deutlich in den Worten: *Sed legitimae tutelae ex duodecim tabulis intervertuntur eadem ratione, qua et hereditates exinde legitimae.* Die Schwierigkeit liegt blos in den Worten, mit welchen Paulus diese Ausnahme ausgedrückt hat. Darüber sind nun sehr verschiedene Erklärungen zum Vorschein gekommen mit und ohne Aenderung des Textes. Ich habe dieser schwierigen Gesetzstelle schon an einem andern Orte gedacht, nämlich im 2. Theile §. 128. Not. 94. S. 199. und die Erklärung derjenigen auch zu der meinigen gemacht, welche unter den *in iure alieno positis personis* die nächsten Agnaten verstehen, denen in den Gesetzen der XII Tafeln die Tutel deferirt wird. Ohngeachtet die codices vulgati von dem Text der florentinischen Handschrift in den entscheidenden Worten nicht abweichen, (S. die Gebauer. Spangenberg. Ausgabe des Corp. I. C. ad h. L. 7. not. 29.) so haben doch diejenigen, welche übrigens denselben Sinn in den Worten gefunden haben, allerley Versuche gemacht, diese Erklärung besonders durch die Critik zu begründen. Sie

vel ex Senatusconsulto [27]), erunt nihilominus tu-

haben zum Theil zu zeigen gesucht, daß durch Unkunde und Mißdeutung der hier von den Abschreibern gebrauchten Siglae eine Unrichtigkeit der Lesart erzeugt worden sey. Die verschiedenen Versuche der Critik und Erklärung von Accursius an haben *Herm* NOORDKERK Observation. Decad. cap. 3. *Car. Frid.* WALCH ad *Eckhardi* Hermeneut. iuris Lib. I. Cap. 2. §. 65. pag. 61 sq. *Jo. van der* LINDEN in Supplem. ad *Jo.* VOET Commentar. ad Pand. Lib IV. Tit. 5. §. 2. pag. 90. (*Traj. ad Rhen.* 1793. f.) und *Ant.* SCHULTING in Notis ad Dig. s. Pandect. Tom. I. ad h. L. 7. pag. 559. sq. et SMALLENBURG in Addition. pag. 560. sq. theils zusammengestellt, theils geprüft. Ich füge nur noch einige der noch nicht bemerkten Emendationen hinzu. Dahin gehört zuerst die des *Jo.* CANNEGIETER ad Domitii Ulpiani Fragmenta libri singularis Regularum Tit. XI. §. 9. pag. 56. sq. Er stimmt Anfangs auch denen bey, welche, in Uebereinstimmung mit den Basiliken, die Worte *iure alieno* in *iure antiquo* emendiren, und versteht unter dem *ius antiquum* das bekannte Gesetz der XII Tafeln: *Agnatus proximus tutelam nancitor.* Für positis will er daher *proximis* lesen. Doch meint er, könne auch das *alieno*, welches vermuthlich von den Abschreibern abbrevirt worden sey, mit *allegato* vertauscht werden. Das Resultat bleibe das nämliche. Denn das Gesetz der XII Tafeln werde immer darunter verstanden, wovon, wie der ganze Zusammenhang beweise, Paulus vorher gesprochen haben müsse. Eine andere hierbey ganz übersehene Emendation ist die von Joh. Gottfr. Sammet in der Hermeneutik des Rechts, herausgegeben von Fried. Gottl. Born (Leipzig 1801.) §. 44. S. 91 f. Seine Ansicht geht dahin. In der *L.* 7. sage Paulus, durch die capitis deminutio minima gehe die Tutel nicht verloren, weil auch ein filiusfamilias tutor seyn könne. Wenn nun Paulus hinzufüge: *exceptis his*, *quae in*

tores. Sed legitimae tutelae ex duodecim tabulis *iure alieno personis positis deferuntur*, so sehe zwar Jedermann leicht, daß der Jurist keine andere Tutel, als die legitima verstehen könne, aber aus den Worten des Paulus lasse sich dieser Sinn schwerlich eruiren. Allein man könne sich leicht helfen, wenn man für positis *ponendis* annehme, so daß nun der Sinn der Worte folgender sey: Wenn ich tutor legitimus bin, und will mich arrogiren lassen, so verliere ich die tutelam legitimam. *Positus* scheine also anstatt *ponendus* gesetzt zu seyn. Daß jedoch alle Versuche zur Emendation ganz vergeblich seyen, und der gemeine Text, so wie er lautet, seine vollkommene Richtigkeit habe, lehrt uns der Scholiast der Basiliken. Dieser sagt Tom. VI. pag. 160. Sch. p. (edit. *Fabrot.*) Ἀλλ' οὔτε τὰς ἐπιτροπὰς ἡ κάπιτις φθείρειν δύναται δεμινουτίων, ὑπεξῃρημένων ἐκείνων τῶν ἐπιτροπῶν, ὅσαι προσώποις καταφέρονται τοῖς οὖσιν ὑπὸ ἀλλότριον δίκαιον· τουτέστι τοῖς διαμείνασιν ὑπεξουσίοις μέχρι τῆς τοῦ πατρὸς τελευτῆς. I. e. *Neque tutelas potest perimere capitis deminutio*, exceptis illis tutelis, *quae in iure alieno personis positis deferuntur: hoc est, quae remanserunt in potestate usque ad mortem patris.* Hiermit erhalten nicht nur alle Kritiker und Emendatoren ihre Abfertigung, sondern auch diejenigen werden dadurch widerlegt, welche, wie zum Beyspiel Soarez a Ribeira Observation. iur. Cap. 37. und *Reinh.* Bachovius ad Πρωτα Pand. Tit. de capite minutis pag. 1152. die Worte: *exceptis his*, *quae deferuntur*, für einen unächten Zusatz haben halten wollen, so wie nicht minder diejenigen, welche, wie Haloander, Augustinus, Goveanus und Faber, die Huber in Eunom. Rom. pag. 203. anführt, ein *non* haben einschieben wollen, hierdurch widerlegt werden. Man kann also mit Recht sagen: Paule *vales recte*, *Medicorum iussa facessant.* Die Erklärung des griechischen Scholiasten stimmt nun

intervertuntur eadem ratione, qua et hereditates exinde legitimae: quia agnatis deferuntur, qui desinunt esse, familia mutata. Ex novis autem legi-

auch mit dem Sprachgebrauche vollkommen überein. Denn der Ausdruck *alienum ius* bezeichnet immer das ius potestatis eines Paterfamilias, wie aus dem Titel der Institutionen und Pandecten, de his, qui sui vel alieni iuris sunt, bekannt ist. Man sehe auch Dirksen's Beyträge zur Kunde des Röm. Rechts. Abh. VII. Nr. III S. 281 f. Paulus nennt also *personas in alieno iure positas* die nächsten Agnaten, die nicht durch Emancipation die Familien Rechte verloren haben, sondern bis an den Tod ihres Vaters in desselben Potestas geblieben sind. Denn daß hier von der tutela legitima die Rede sey, beweist, ausser den schon oben angeführten Gründen, auch schon der dieser Tutel vorzüglich eigene Ausdruck *deferuntur.* Der vollständige Sinn der Worte *exceptis his* etc. ist also der: jedoch sind diejenigen Tutelen ausgenommen, welche solchen Personen deferirt werden, die mit dem Pupillen zu derselben Familie gehören, als welche, wenn diese Personen, durch Aenderung der Familie, das ius agnationis verloren haben, hiermit ebenfalls verloren gehen. Und so fand denn hier der elegante *Jo. Lud.* Conradi in libro sing. Reprehensor. in Observationib. super iure civ. diversor. (*Lipsiae* 1756. 8.) pag. 70 sqq. (*Opp.* T. II. pag. 150 sqq.) mit Recht ein merkwürdiges Beyspiel von der dem Paulus eigenen bewunderungswürdigen Kürze und Eleganz. Diese richtige Erklärung der schwierigen Stelle haben auch *Christ. Frid.* Mühlenbruch in doctrina Pand. Vol. II. §. 322. (edit. *sec.*) und *Lud. Herrm. de* Coll in Diss. de capitis deminutione minima iuris antiqui. (*Jenae* 1810. 8.) Cap. 3. not. 5. pag. 35. gebilliget.

27) Man vergleiche hier Ulpiani *Fragm. Tit. XI.* §. 20—24. und den 29. Th. dieses Commentars §. 1315. b. S. 342 ff.

bus et hereditates, et tutelae plerumque sic deferuntur, ut personae naturaliter designentur: ut ecce deferunt hereditatem Senatusconsulta matri et filio [28]).

Denn da sich die legitima tutela nach dem Gesetz der zwölf Tafeln auf das Agnationsrecht gründete, so ging sie nach dem ältern Rechte verloren, wenn sich der tutor legitimus arrogiren ließ, weil dadurch das Agnationsrecht erlosch [29]). Daher rescribirten noch die Kaiser Diocletian und Maximian an den Asclepiodotus in der *L.* 2. *Cod. de legitima tutela:*

Ad agnatos pupilli *iure legitimo* solicitudinem tutelae pertinere, *nisi capitis deminutionem sustinuerint*, manifestissimum est.

Allein im neuern Rechte fällt auch diese Ausnahme weg, weil Justinian in der Novelle *CXVIII.* Kap. 4. den Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten sowohl in Absicht auf Erbfolge als Tutel aufgehoben, und beyde auf das Recht der Blutsfreundschaft (ius cognationis) gegründet hat, welches durch eine capitis deminutio minima nicht aufgehoben wird [30]). Nach dem neuern Recht wird also durch die capitis deminutio minima keine Tutel mehr aufgehoben, auch nicht die tutela legitima. Denn der tutor legitimus, wenn er sich auch arrogiren läßt, hört doch nicht auf Cognat des Pupillen zu seyn.

28) S. § 2. *I. de SCto Orphit.* (III. 4.) und *Jan. a* Costa Comment. ad §. 1. et 2. I. h. t. pag. 361 sq.

29) §. 3. *I. de legitima agnator. tut.* (I. 15.) Man sehe auch den 29. Th. §. 1314. S. 327.

30) §. 6. *I. de capitis deminut.* (I. 16) S. auch Donellus Commentar. Lib. III. cap. 14. §. 11. pag. 187.

§. 1353. a.

II. Besondere Beendigungsgründe der Vormundschaft. 1) In der Person des Pupillen. *L. 2. C. de his, qui ven. aet.*

II. Die eigenen oder besondern Beendigungs-Ursachen der Vormundschaft sind, und zwar 1) in der Person des in derselben sich befindenden Pflegbefohlnen, nämlich a) des Pupillen, eingetretene Pubertät; welche bey dem männlichen Geschlechte mit dem vollendeten vierzehnten, bey dem weiblichen aber mit dem vollendeten zwölften Jahre eintritt [31]). b) In der Person des Minderjährigen, wenn er die Großjährigkeit erreicht hat, welche ohne Unterschied des Geschlechts mit dem vollendeten fünf und zwanzigsten Jahre eintritt. Dieses Alter wird wegen seiner Beziehung auf die Lex *Plaetoria* vorzugsweise *aetas legitima* [32]), so wie jenes *aetas pupillaris* [33]) genennt, wogegen die Benennungen *perfecta aetas* [34]), *iusta aetas* [35]), *ma-*

31) *L. 4. pr. D. de tut. et ration. distrah.* (XXVII. 3.) *Princ. I. Quib. mod. tut. finit. L. 3. C. Quando tutores vel curatores esse desinant.* S. den 2. Th. dieses Commentars. §. 130. S. 216 ff. Damit ist noch zu verbinden *Andr. Guil.* Cramer Progr. de pubertatis termino ex disciplina Romanor. *Kilon.* 1804. 4. und Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. §. 120.

32) *L. 2. Cod. Th. de donationib.* (VIII. 12.) wo es heißt: donec — annos *Laetoriae legis* egressus, *legitimam compleverit aetatem.* Man vergleiche vorzüglich *Barn.* Brissonii Antiquitat. ex iure civ. selectar. Lib. III. cap. 2. und *Alb. Diet.* Treckel ad *Eundem.* Auch Brisson. de Verbor. Signif. voc. *legitima aetas.*

33) S. Brissonius de Verb. iur. Signif. voc. *Aetas* §. 3.

34) Brissonius c. l. Gajus *Comm. I.* §. 144. §. 145. §. 189 et 190.

35) *L. 16. D. de iure fisci. L. 2. pr. D. de vacat. et excusat.*

tura aetas[36]), *statuta aetas*[37]), auf die Mündigkeit sowohl als auf die Großjährigkeit angewendet werden[38]). Jedoch kann auch eine Principis auctoritate ertheilte venia aetatis die legitima aetas in ihren rechtlichen Folgen ergänzen[39]). Ich habe von dieser Großjährigkeitsverleihung schon an einem andern Orte[40]) gehandelt, um jedoch manches dort Gesagte hier zu berichtigen, will ich die über die Art und Weise, wie venia aetatis erlangt werden kann, vom Kr. Constantin dem Großen im Jahr 321 erlassene[41]), und von Justinian, jedoch mit manchen Abänderungen, in seinen Codex[42]) aufgenommene Constitution zur näheren Betrachtung hersetzen. Sie lautet im Justinianeischen Codex folgendermassen.

36) *L.* 50. §. 6. *D. de legat. III.*

37) *L.* 29. *D. de reb. dub.* *L.* 26. §. 1. *D. Quando dies legator.* S. Brisson. c. l.

38) Vergl. Dirksen's Beyträge zur Kunde des Röm. Rechts. Abh. VII. Nr. III. S. 287.

39) Vid. Tit. Cod. *de his, qui veniam aetatis impetraverunt.* (II. 45.)

40) S. den 2. Theil dieses Commentars §. 130. S. 226 — 228.

41) *L. un. Cod. Theod. de his, qui veniam aetatis impetrarunt* (II. 17.), bey *Jac.* Gothofredus Tom. I. Cod. Theod. pag. 188. edit. *Ritter.* bey Wenck Cod. Theod. libri V. prior. pag. 125. und in Hugo iur. civ. Antejustin. Tom. I. pag. 315 sq.

42) *L.* 2. *Cod. Just. de his, qui veniam aetatis impetr.* (II. 45.) Man vergleiche über dieses Gesetz vorzüglich Marezoll's Bemerkungen, Zweifel und Vermuthungen über einzelne Fragen aus dem Röm. Civilrechte. Nr. 13. (in H. H. von Grolmann und von Löhr Magazin für Rechtswiss. u. Gesetzgeb. 4. B. S. 397 — 401.)

Imp. Constantinus A. ad Verinum. P. P. (P. V.)

Omnes *adolescentes*, qui honestate morum praediti, paternam frugem, vel avorum patrimonia [43]) gubernare cupiunt, et super hoc imperiali auxilio indigere coeperint, ita demum aetatis veniam impetrare audeant, *cum vicesimi anni metas impleverint* [44]): ita ut post impetratam aetatis veniam *iidem ipsi per se* principale beneficium allegantes, non solum *per scripturam* [45]) *annorum* numerum

43) Cod. Th. fügt hinzu: *urbana vel rustica conversatione.*

44) Im Cod. Th. heißt es: *cum vicesimi anni clausa aetas adolescentiae patefacere sibi ianuam coeperit ad firmissimae iuventutis ingressum.* Man sehe den Commentar des *Jac.* Gothofredus ad h. L. Tom. I. pag. 191.

45) Diese Lesart stimmt nicht mit der im Cod. Theod. überein. In dem Theod. Codex heißt es vielmehr *praescriptorum* annorum numerum. So haben auch die *Basilica* Tom. I. Lib. X. Tit. 27. Const. 2. pag. 679. indem sie übersetzen: *τῶν προγεγραμμένων ἐνιαυτῶν τὴν ἀριθμὸν.* Nach Spangenbergs Bemerkung in der Göttinger Ausgabe des Codex Not. 16. sollen alle Handschriften, welche Contius eingesehen hat, eben so lesen, und Charondas versichert das Nämliche von seinem trefflichen *liber manuscriptus* Auredani. Unter den alten Ausgaben habe ich nur eine gefunden, nämlich die von Claudius Chevallonius. *Paris* 1526. 8. welche *praescriptorum* annorum liest. Es sind also die *praescripti* anni, wie Charondas in seiner Ausgabe des Codex (*Antverpiae* 1575. f.) ganz richtig bemerkt, die suprascripti XX. anni, welche das Gesetz bey den Mannspersonen erfordert, und Russard fügt zur Bestärkung der Richtigkeit dieser Lesart, in seiner Ausgabe (*Antverpiae* 1567. 8.) noch den Grund hinzu, es sey keinem Zweifel unterworfen, daß die gesetzliche Zahl der

probent, sed etiam *testibus idoneis* [46]) advocatis, morum suorum instituta, probitatemque animi, et testimonium [47]) vitae honestioris edoceant [48]). §. 1. *Feminas* quoque, quas morum honestas, mentisque solertia commendat, *cum octavum et decimum annum egressae fuerint*, veniam aetatis impetrare sancimus. Sed eas *propter pudorem ac verecundiam feminarum coetui publico* [49]) *demonstrari non cogimus:* sed percepta aetatis venia, *annos tantum aetatis probari posse testibus quinque* [50]),

Jahre bey den Mannspersonen eben so gut durch Zeugen, als durch schriftliche Urkunden bewiesen werden könne, weil nachher auch bey den Frauenspersonen das Nämliche gebilliget werde. Der Lesart *praescriptorum* geben daher Marezoll a. a. O. Not. 3. S. 397 f. und Zimmern Gesch. des Röm. Priv. R. 1. B. §. 251. Not. 15. S. 951. den Vorzug. Dennoch findet sich in allen Ausgaben, die ich verglichen habe, glossirten und nicht glossirten, ausser der angeführten, die Lesart *per scripturam.*

46) Im C. Th. heißt es: *testibus advocatis*, *honesta*, *aut simili*, *aut potiore dignitate praeditis.* Hiernach ist zu bestimmen, welche testes hier *idonei* sind.

47) C. Th. liest statt *et testimonium*, testimonio.

48) Hier sind von den Verfassern des Just. Codex folgende Worte weggelassen worden. *Quod cum ea conditione effecerint*, *in alienatione praediorum ius tantum aetatis obtinebunt*, *quantum per annorum dimensiones ac temporum leges natura singulis quibusque deferre consuevit.*

49) C. Th. *in coetu publico demonstrari.*

50) Hier weicht der Cod. Just. ganz von dem Theodosianischen ab. In dem C. Th. heißt es blos: *annos tan-*

vel *instrumentis*, *misso procuratore concedimus:* ut ipsae etiam in omnibus negotiis tale ius habeant, quale et mares habere praescripsimus, ita tamen, *ut praedia sine decreto non alienent* [51]). §. 2. Sed Senatores quidem clarissimi viri in hac regia urbe commorantes apud Sublimitatem tuam, ceteri vero apud Praetorem, in provinciis autem omnes apud earum Rectores, de suis moribus et honestate perdoceant [52]). §. 3. [53]). Hi vero, qui contra me-

tum probare tabulis vel TESTIBUS *misso procuratore concedimus.* Eine gewisse Zahl der Zeugen zum Beweise des erforderlichen Alters ist hier erst von Justinian bestimmt worden.

51) Die Worte: *ita tamen — alienent*, sind wieder ein Zusatz von Justinian. Hier sind sie aber nur noch auf die Wirkung der venia aetatis bey Frauenspersonen beschränkt. Vorher fand diese Einschränkung nicht Statt. Vielmehr sagt Paulus *L.* 21. *D. de Verb. Signif.* Princeps bona concedendo videtur etiam obligationes cedere. Man sehe *Ger.* Noodt ad Edictum Praetoris de pactis et transact. Cap. 20. (*Opp.* Tom. I. pag. 543.) Justinian hat nachher in der *L.* 3. *C. de his*, *qui veniam aetatis* diese Einschränkung auf alle Minderjährige ausgedehnt, welche veniam aetatis erhalten haben, und auch auf Hypotheken erstreckt. Vergl. Noodt Commentar. ad Dig. Lib. IV. Tit. 4. §. *Sit ita.* (*Opp.* Tom. II. pag. 113.) und Dompierre *de* Jonquieres de Restitutionib. in integrum Tit. IV. §. 93. pag. 320.

52) Hier weicht abermals der Cod. Just. ganz ab. Im Cod. Th. lauten die Worte folgendermassen: §. 2. *Ita ut Senatores apud Gravitatis tuae officium de suis moribus et honestate perdoceant: Perfectissimi apud Vicariam praefecturam: Equites Romani et ceteri apud*

moratam dispositionem veniam aetatis a Principali clementia impetraverint, sciant, eam nullas vires obtinere.

Minderjährige, welche durch ihr gutes Verhalten schon

Praefectum Vigilum: Navicularii apud Praefectum annonae. Da die Senatoren unter dem Praefectus urbi standen, dessen Hauptgeschäft es war, die Rechte derselben zu beschützen, wie Symmachus Lib. X. Epist. 62. bezeugt, und hier dieselben an das officium *Verini* verwiesen werden, an den diese Constitution gerichtet ist; so muß derselbe Praefectus urbi gewesen seyn, wie Gothofredus not. b. ad h. L. gezeigt hat. Er wird daher auch von *Ed.* Corsinus in Serie Praefector. urbis (*Pisis* 1763. 4.) pag. 177. unter dem Namen *Lucrius Verinus* als Praefectus urbi aufgeführt. Es ist demnach unrichtig, wenn in dem Justin. Codex Verinus in der Ueberschrift mit P. P. bezeichnet wird. Von den *Perfectissimis*, deren hier gedacht wird, handelt im Theodosian. Codex Lib. VI. Tit. 37. *de perfectissimatus dignitate.* Besonders aber in Beziehung auf unser Gesetz *Guil.* Panciroli Commentar. in Notitiam Dignitatum utriusq. Imperii Orientis scil. et Occid. (*Genevae* 1623. f.) Cap. 3. pag. 16. Uebrigens ist zu vergleichen Gothofredi Commentar. ad L. nostr. Tom. I. pag. 191. Die veränderte Staatsverfassung machte hier eine Abänderung im Justin. Codex nothwendig.

53) Der im Just. Codex weggelassene §. 3. statt dessen Justinian hier einen andern substituirt hat, lautet im Cod. Theod. folgendermassen: *Cui aetati, quoniam inter plenam perfectamque adolescentiam et robustissimam iuventutem media est*, FIRMATAE AETATIS *appellationem imponimus, ut prima aetas* PUERITIAE *sit, sequens* ADOLESCENTIAE, FIRMATA *haec tertia, quarta* LEGITIMA, *quinta* SENECTUS *habeatur.* S. Gothofredi Commentar.

bisher gezeigt haben, daß sie selbst zu wirthschaften fähig sind, und daher ihr ererbtes Vermögen (das väterliche oder großväterliche wird zwar nur genannt, ist aber wohl nur wegen der bekannten Formel: *bona paterna avitaque*, geschehen, ohne es jedoch gerade darauf zu beschränken [54]),) selbst zu verwalten wünschen, müssen also ein die Rechte der Volljährigkeit ertheilendes Rescript vom Regenten auswirken. Daß in der Supplik eine hinreichende Ursache angeführt werden müsse, warum der Minor vor der Zeit majorenn seyn wolle, wie ich vormals behauptete, erfordert das Gesetz nicht [55]). Wichtig aber ist der in demselben gemachte, und von mir am angeführten Orte nicht genug hervorgehobene Unterschied zwischen minderjährigen Manns- und Frauenspersonen. Minderjährige Mannspersonen müssen wenigstens zwanzig Jahre alt seyn; sie müssen ferner das Rescript, wodurch sie für großjährig erklärt worden sind, der competenten Obrigkeit, welche hier nach dem Stande der Person verschiedentlich bestimmt ist, selbst und in eigner Person vorzeigen, und haben bey dieser Obrigkeit zweyerley zu beweisen. Erstens die vorbestimmte Zahl der Jahre, Zweytens den bisherigen guten Lebenswandel. Soll die gemeine Lesart aus Achtung für das Ansehen der Glosse gelten, so muß das Erste durch schriftliche Urkunden [56]), das Letztere aber durch *testes idonei*

54) Eben dieses hat auch Marezoll a. a. O. Not. 3. S. 399. sehr richtig bemerkt. Man sehe noch Zimmern a. a. O. S. 951. Not. 13. Ein Formular von einer venia aetatis findet sich bey Cassiodorus *Varior.* Lib. VII. cap. 41.

55) Marezoll a. a. O. S. 399. hat dieses nicht unbemerkt gelassen.

56) Daß der Beweis des Alters bey den Römern gewöhnlich

bewiesen werden. Diese *testes idonei* sind aber nach der genauern Beschreibung, welche davon in dem Codex Theodos. gegeben wird, solche Zeugen, welche entweder von gleichem, oder von einem noch höheren Stande, als der Minderjährige selbst, sind, vermuthlich aus dem ganz natürlichen Grunde, weil nur Standesgenossen über das zu urtheilen vermögen, was für einen jungen Menschen in seinem Stande anständig und schicklich ist [57]). Personen geringern Standes sind also zu diesem Beweise unzulässig. Warum aber die minderjährige Mannsperson selbst, ohne Stellvertreter, in eigener Person vor Gericht erscheinen muß, hat wohl den Grund, weil das Anschauen des Aeussern eines jungen Menschen einen Eindruck macht, der für den prüfenden Richter von Bedeutung seyn kann [58]). Bey minderjährigen Frauenspersonen, wenn sie um veniam aetatis suppliciren, ist Manches ganz anders bestimmt. Bey diesen ist es genug, wenn sie nur achtzehen Jahre alt sind. Warum hier schon ein früheres Alter genügt, hängt unstreitig mit dem frühern Eintritt der Pubertät bey den Frauenspersonen zusammen. Es liegt auch wohl ein Grund mit in der weit eingezogenern Erziehung der jungen Frauenzimmer im Verhältniß zu der weit freyern bey den Mannspersonen, vorzüglich aber in der frühern Neigung des weiblichen Geschlechts zur Häus-

durch schriftliche Urkunden, nämlich durch die tabulas professionum geführt worden, erhellet aus *L.* 2. §. 1. *D. de Excusat.* und *L.* 1. *Cod. Si minor se maior. dix.* (II. 43.) S. den 21. Th. des Commentars. S. 307 ff. und *Jac.* GOTHOFRED. Comm. ad L. nostr.

57) S. Marezoll S. 398.

58) S. WISSENBACH Comment. in libros VII. Cod. ad L. 2. Cod. cit. pag. 122. und Marezoll S. 397. Not. 2.

lichkeit, Genauigkeit und Wirthschaft, so daß sich daher Accius Aegistho bey Nonius [59]) gewiß artiger gegen das schöne Geschlecht benommen hat, wenn er sagt: *Melius quam viri callent mulieres*, als wenn der unartige Accursius den Grund darin setzt: *Mala herba cito crescit*. Hiernächst haben auch minderjährige Frauenzimmer das zum Voraus, daß sie sich, aus Achtung für die ihrem Geschlecht eigene Verschämtheit, nicht persönlich vor der competenten Obrigkeit zu stellen brauchen, sondern durch einen Procurator das Erforderliche vor Gericht besorgen lassen können. Mit dieser Achtung, welche der Gesetzgeber gegen anständige Frauenzimmer bezeigt, und mit welcher sich das persönliche Stellen derselben vor Gericht nicht wohl verträgt, hängt nun vollkommen zusammen, daß sie nicht so, wie die Mannspersonen, ihren bisherigen anständigen Lebenswandel ausdrücklich zu beweisen brauchen, sondern bey ihnen hinreichen soll, wenn sie nur überhaupt ein guter Ruf empfiehlt [60]). Sie sollen daher, wenn sie die venia aetatis erhalten haben, ohne weitere Nachweisung, nur die Jahre des erforderlichen Alters beweisen, und diesen Beweis durch schriftliche Urkunden, oder durch Zeugen führen, deren aber nach dem Justinianeischen Zusatze weniger nicht, als fünf seyn dürfen. Nach einer Verordnung des Kaisers Zeno [61]), welche Cujaz [62]) aus den Basiliken wiederhergestellt hat, werden auch zum Beweise der Verwandtschaft oder Abstammung (ad generis probationem), in Ermangelung schriftlicher Ur-

59) Cap. IV. §. 66.

60) Im Theodos. Codex heißt es ausdrücklich: *quas certa fama commendat.*

61) *L. 15. Cod. Iust. de testibus.* (IV. 20.)

62) Observation. Lib. XIII. Cap. 38.

kunden, fünf Zeugen erfordert. Es kann also wohl seyn, daß diese Constitution dem Kaiser Justinian hier zum Muster gedient habe [63]. Das zur Erlangung einer venia aetatis in diesem Gesetz vorgeschriebene Alter nennt Kaiser Constantin in seiner Constitution *aetas firmata*, und setzt es zwischen die perfecta adolescentia und die legitima aetas [64]. Von den Wirkungen der venia aetatis habe ich schon an dem oben angeführten Orte [65] gehandelt. Ich will also hier nur noch einige Worte von dem hier bestimmten Zeugen-Beweise hinzufügen. Indem Justinian, in Ermangelung schriftlicher Urkunden, zum Beweise des gesetzlich bestimmten Alters fünf Zeugen erfordert, spricht er von Frauenspersonen, während er bey den Mannspersonen nur überhaupt verordnet, daß sie durch testes idoneos ihren bisherigen Lebenswandel beweisen sollen. Sind etwa hier auch fünf Zeugen erforderlich? Da hier die Zeugen Standesgenossen seyn müssen, so glaube ich,

63) S. Marezoll. S. 401. Not. 2.

64) Auch Justinian verordnet, daß der Ausdruck *legitima* oder *perfecta aetas* nur als Bezeichnung des wirklich erfüllten, und nicht des durch das kaiserliche Privilegium der venia aetatis ergänzten 25jährigen Alters gebraucht und gedeutet werden soll. S. *L.* 4. *C. de his*, *qui veniam aetatis.*

65) Man vergleiche noch *Ger.* Noodt libr. sing. ad Edictum Praetoris de pactis et transaction. Cap. 20. (Opp. Tom. I. pag. 543.) und *Jo.* Voet Comm. ad Pand. Tom. I. Lib. IV. Tit. IV. §. 5. Soviel insonderheit die Frage anbetrifft, ob ein Minderjähriger, welcher veniam aetatis erhalten, eine Vormundschaft zu übernehmen fähig sey, so hat auch diese Voet in Comm. T. II. Lib. XXVI. Tit. 1. §. 5. sehr gründlich erörtert. Ich habe sie Th. 2. S. 227. verneinend entschieden. Eben so Voet.

Justinian habe es hier bey der Regel der *L.* 12. *D. de Testib.* lassen wollen. Auch Herr Professor Marezoll[66]) sagt: „Es sey etwas Eigenthümliches bey der venia aetatis der Frauenzimmer, daß sie den Beweis ihres Alters entweder durch schriftliche Urkunden, oder durch fünf Zeugen führen müssen.“ Da ferner Justinian bey der venia aetatis der Frauenspersonen nichts von der Qualität der Zeugen sagt, so fragt sich's, ob die Zeugen auch hier standesmäßig seyn müssen? Justinian sagt nichts davon, ich halte es daher auch nicht für nöthig, sondern für hinlänglich, wenn die Zeugen nur überhaupt glaubwürdige Personen sind. In einer merkwürdigen Constitution des K. Justinian, in welcher er auch zum Beweise der geleisteten Zahlung gegen ein schriftliches Schuldbekenntniß eine Zahl von fünf Zeugen vorschreibt, (es ist die *L.* 18. *C. de testib.*) heißt es ausdrücklich, die quinque testes sollen *idonei et summae atque integrae opinionis* seyn. Ich glaube, dieß muß auch hier angewendet werden. Es ist dieses wenigstens der Regel gemäß, welche Justinian *L. ult. Cod. de fideicommiss.* (VI. 42.) zwar bey der Gelegenheit, da er von Testamenten und letzten Willensverordnungen spricht, aber nicht mit Beschränkung auf dieselbe, anführt:

Cum res per testium solemnitatem ostenditur, tunc et *numerus testium* et *nimia subtilitas* requirenda est.

Wo also mehr, als zwey Zeugen erfordert werden, da zeigt die größere Zahl derselben eine Solemnität der Handlung an. Hier muß also nicht nur die gehörige Zahl der Zeugen vorhanden seyn, so daß auch nicht ein-

66) A. a. O. S. 401.

mal der Mangel eines einzigen Zeugen durch den Erfüllungseid supplirt werden kann, sondern es wird noch ausserdem bey jedem einzelnen Zeugen vollkommene Tüchtigkeit erfordert. Darauf deutet hier das Wort *subtilitas* hin, welches sich ohne Zweifel auf das Amt des prüfenden Richters bezieht [67]).

Es wird gewißermaßen als eine Art der Großjährigkeitserklärung angesehen, wenn ein Minderjähriger öffentlich dazu authorisirt worden ist, eine gewiße Kunst oder Profession im Staate treiben zu dürfen [68]). Ein solcher Minderjähriger wird jedoch nur in solchen Fällen für großjährig gehalten, wo er als Meister dieser Kunst, oder dieses Gewerbes gehandelt hat [69]).

Die Verheyrathung eines Minderjährigen hat zwar nach dem Römischen Rechte nicht die Wirkung einer venia aetatis [70]); heutigen Tages aber herrscht an vielen Orten in

67) S. *God. Lud.* Mencken Commentat. ad L. 18. C. de testib. iuncta Nov. XC. cap. 2. (*Lipsiae* 1748.) pag. 15. et 18.

68) Arg. *L.* 3. §. 1. *D. ad SCtum Maced.* (XIV. 6.) S. Mühlenbruch Doctr. Pandectar. Vol. II. §. 323. in fin.

69) S. Weber's syst. Entwick. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 64. Not. 7. S. 223—226. und den 5. Th. dieses Commentars. §. 458. S. 546 ff. Einige nennen diese obrigkeitliche Verleihung, eine gewiße Kunst oder Gewerbe im Staate treiben zu dürfen, eine stillschweigende Großjährigkeitserklärung. S. von Zeiller Commentar über das allgem. bürgerliche Gesetzbuch für die deutsch. Erbländer der Oesterreich. Monarchie. 1. Band §. 252. S. 516.

70) *L.* 2. *D. de minorib.* (IV. 4.) *L.* 12. *Cod. de administrat. tutor.* S. Voet Comm. ad Pand. Lib. IV. Tit. 4. §. 6. et 7.

und ausserhalb Deutschland die Gewohnheit, daß dadurch die Vormundschaft aufgehoben wird [71]).

§. 1353. b.

2) In der Person der Vormünder.

Eigene Beendigungs-Gründe der Vormundschaft 2) in der Person der Tutoren und Curatoren sind, ausser der remotio suspecti, von welcher bereits gehandelt worden ist, a) wenn eine Unfähigkeit oder sonst ein Grund eintritt, weshalb der Vormund eine schon übernommene Vormundschaft niederzulegen berechtiget ist. Wegen solcher Excusations-Gründe hört jedoch nicht immer die Vormundschaft von selbst auf, wenn sie auch, wären sie gleich anfangs vorhanden gewesen, die Uebernahme gehindert hätten. Sie können Vormünder bleiben, wenn sie wollen, auch Auctorität interponiren, sofern sie sprechen

71) Stryck Us. mod. Pand. Lib. XXVI. Tit. 7. §. 27. Lauterbach Colleg. theor. pract. Pand. Lib. XXVII. Tit. 10. §. 46. nr. 5. Voet c. l. Hofacker Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 703. in fin. Joh. Fried. von Meyer Preisschr. von dem Unterschiede zwischen Tutel und Curatel, Unmündigen und Minderjährigen nach Röm. und Deutsch. Recht. 2. Th. §. 33. S. 131. a. E. und Mittermaier's Grundsätze des gemeinen Deutschen Privatrechts. §. 377. Besonders *Ge. Steph.* Wiesand Opuscul. (*Lipsiae* 1782. 8.) Spec. VI. §. 5. pag. 74. sq. Anderer Meinung ist Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 247. Nr. 4. und diese entgegengesetzte Meinung ist auch in mehreren deutschen Gesetzbüchern sanctionirt. Man vergleiche z. B. die Fränkische Landgerichts-Ordnung 3. Th. Tit. 25. §. 2. und das allgem. Preuß. Landrecht 2. Th. 18. Tit. §. 736. ff.

können, wenn sie gleich blind geworden sind [72]. Hindert aber die eingetretene Unfähigkeit an der fernern Verwaltung, z. B. der Vormund ist in Wahnsinn verfallen, oder taub und stumm geworden, oder er kann wegen seiner Kränklichkeit der Vormundschaft nicht länger vorstehen, so kann er sich entschuldigen, und es wird entweder im Interims-Curator oder ein anderer Vormund bestellt [73]. Es wird davon im folgenden Titel weiter die Rede seyn. b) Wenn die Mutter, welche die Vormundschaft bisher über ihre unmündigen Kinder geführt hat, zur zweyten Ehe schreitet. Justinian sagt in der Novelle *XCIV. Cap.* 2. a. E.

Simulac tamen secundas nuptias contraxerit, a tutela expellatur, atque ea fiant, quae si iurasset pertulisset, quod semel in iudicio mentita sit, suaeque confessioni et depositioni secundam concupiscentiam praetulerit.

Will sie jedoch der ihr gedroheten Strafe entgehen [74]; so muß sie den Kindern einen andern Vormund erbitten, Rechnung ablegen, und das Vermögen der Kinder herausgeben [75].

72) *L.* 16. *D. de auct. et cons. tutor. et curator.* S. Donellus Lib. III. Cap. 14. §. 14.

73) *L.* 17. *D. de tutelis. L.* 10. §. 8. *L.* 11. *L.* 12. *D. de Excusation. L.* 40. *D. eodem.* Donellus c. l. §. 15.

74) Man vergleiche hier besonders den 24. Th. dieses Commentars §. 1217. S. 202. ff.

75) *Nov. XXII. cap.* 14. Eben dieses bestätigen auch mehrere deutsche Stadt- und Landrechte. Z. B. der Stadt Frankfurt erneuerte Reformation von 1571. Th. VII. Tit. 7. §. 6. Fränkische Landgerichtsordnung. 3. Th. Tit. 25. §. 5. Bayersches Land-

§. 1349. c.

III. Endigungsgründe aus der Art der Delation.

Die Vormundschaft kann endlich III. aus einem Grunde aufhören, welcher in der Art der Delation beruht[76]). Hier endiget sich die Tutel durch den Willen desjenigen, welcher sie dem Vormunde übertrug, wenn die Zeit, bis auf welche sie war bestellt worden, oder die bey der Bestellung beygefügte Resolutivbedingung existirt. Solche Fälle kommen besonders bey der testamentarischen Tutel vor[77]); sie können aber auch bey der obrigkeitlich bestellten eintreten, insofern ein interimistischer Vormund ernannt wird[78]). Dieß ist der Fall, wenn der testamentarische oder gesetzliche Vormund verhindert wird, sein Amt sogleich anzutreten[79]). Ausserdem findet eine Zeitbestimmung oder Beyfügung einer Resolutivbedingung bey der obrigkeitlichen Bestellung einer Vormundschaft, wie schon oben[80]) bemerkt worden, nicht Statt.

§. 1353. d.

Folgen der Beendigung.

Die Folgen der beendigten Vormundschaft sind theils allgemeine theils besondere.

recht. 1. Th. 7. Kap. §. 22. und allgem. Preuß. Landrecht. 2. Th. 18. Tit. §. 947.

76) S. Donellus Comment. c. l. §. 16.

77) §. 3. *I. Qui testam. tutores dari poss.* (I. 14.) §. 2. *I. Quib. mod. tut. finit.* (I. 22.) *L.* 14. §. 3. *et* 5. *D. de tutelis.* *L.* 8. §. 1. *et* 2. *D. de testam. tut.*

78) S. Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 200. und von Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilrechts. 2. B. IV. Buch §. 421. (der 3. Aufl.)

79) §. 1. *et* 2. *I. de Atiliano tut.* (I. 20.) *L.* 11. *pr. D. de testam. tut.* *L.* 1. §. 2. *D. de legitim. tutorib.*

80) S. den 29. Th. §. 1319. S. 466.

I. Die allgemeinen Folgen der Beendigung, welche sowohl bey der Tutel als Curatel eintreten, sind, 1) daß der Vormund die, es sey als Tutor oder Curator, angefangenen Geschäfte, besonders die begonnenen Processe bis zur Ablegung der Rechnung fortsetzen muß. Ulpian rechnet dieses noch zu den Pflichten treuer Verwaltung. Er sagt *libro XXXV. ad Edictum* [81]):

Post completum vicesimum quintum annum aetatis, si nondum rationes redditae sunt, nec ad causam instrumenta pertinentia, fidei ac verecundiae curatorum convenit, ut consilio suo coeptam litem perficiant. Si igitur cessent in his, quae constituta sunt, faciendis, magis puto, sufficere negotiorum gestorum iudicium, etiam si iam actum sit, si tamen huius rei ratio reddita non est.

Eben so rescribirt auch der Kaiser Philippus in der *L. un. Cod. Ut causae post pubertatem adsit tutor.* (V. 48.)

Tutores, qui necdum administrationem ad curatores transtulerunt, defensioni causarum pupillarium adsistere oportere, saepe rescriptum est: et ideo, si, ut proponis, instrumenta, quibus adseri possunt causae provocationis, etiamnum hi, quorum meministi, apud se detinent: aditus Praeses provinciae periculi sui eos admoneri praecipiet.

2) Ist die Vormundschaft geendiget, so kann nun auch gegen den Tutor die actio tutelae [82]), so wie gegen den Curator des Minderjährigen die actio negotiorum

81) *L. 5. §. 6. D. de administr. et peric. tutor et curator.*

82) *L. 4. pr. D. de tutelae et ration. distrah.* (XXVII. 3.)

gestorum, welche auch actio utilis genennt wird [83]), angestellt werden, denn auch die letztere, in so fern sie auf vollständige Rechnungsablegung und Herausgabe des Vermögens geht, findet während der Verwaltung nicht, sondern erst nach geendigter Curatel Statt [84]). Von diesen Vormundschaftsklagen wird Lib. XXVII. Tit. 3. gehandelt werden.

II. Die besondern Folgen der geendigten Tutel sind 1) auf Seiten des Pupillen, daß derselbe um einen Curator bitten muß, wenn er will, daß der gewesene Tutor Rechnung ablegen soll [85]), und den gewesenen Mündel dazu anzuhalten, wird selbst dem gewesenen Vormund zur Pflicht gemacht [86]). 2) Auf Seiten des Tutors aber, daß er die curam adulti recusiren kann [87]), welches jedoch nach dem heutigen deutschen Recht in der Regel dem Vormund nicht mehr gestattet wird, wofern nicht sonst eine erhebliche Entschuldigungs-Ursache vorhanden seyn sollte [88]).

83) *L. 13. in fin. et L. 14. D. eodem. L. 7. Cod. Arbitrium tutelae.* (V. 51.)

84) *L. 2. L. 14. Cod. de administr. tutor. et curator.* (V. 37.)

85) *L. 25. D. de tutor. et curator. datis. L. 7. Cod. Qui petant tutores.* (V. 31.)

86) *L. 5. §. 5. D. de administrat. et peric. tutor. et curator.*

87) *§. 18. I. de excusat. tutor. vel curator.* (I. 26.) *L. 20. C. de Excusation. tutor. et curator.* (V. 62.)

88) S. den 30. Th. dieses Commentars. §. 1322. c. S. 74. f.

Lib. XXVII. Tit. I.

De Excusationibus.

§. 1354.

Einleitung. Quellen. Litteratur.

Daß man die Vormundschaft ursprünglich nur hauptsächlich als ein Privatrecht des Vormundes betrachtet habe, ist schon an einem andern Orte bemerkt worden. Erst späterhin ward der Gesichtspunct herrschend, daß sie auch eine zum Besten der Bevormundeten auferlegte Bürde sey, wovon nur besondere Gründe entschuldigen können. Daher sagt Justinian *Pr. I. h.* t. Nam et tutelam vel curam placuit *publicum munus* esse [89]). Allein weder die Lex *Atilia*, noch die Leges *Julia* et *Titia* enthielten Etwas von einem Zwange zur Vormundschaftsverwaltung, wie Justinian in seinen Institutionen §. 3. *de Atiliano tutore* (l. 20.) berichtet. Die Lehre von den Excusationen der Vormünder scheint sich daher, ohne eigentliche Gesetze, durch die Interpretation der Römischen Rechtsgelehrten, und die Praxis der Behörden, welche die Vormünder bestellten, nach der Analogie anderer Be-

89) S. den 29. Th. dieses Commentars. §. 1299.

freyungen von muneribus publicis, worauf auch sich häufig bezogen wird[90]), hauptsächlich aber durch einzelne kaiserliche Rescripte, namentlich von Hadrian, Antoninus Pius, Marcus Aurelius, Commodus, und besonders von Septimius Severus und Antoninus Caracalla, deren Rescripte in diesem Titel überall angeführt werden, ausgebildet zu haben. Kaiserliche Edicte giebt es darüber fast gar nicht. Nur zwey sehr kurze finden sich im Justin. Codex Lib. V. Tit. 62. Es sind die L. 24. et 25. h. t. Vor Justinian gab es jedoch zwey Wege, sich von der Vormundschaft frey zu machen, der Weg der Excusation, und für den, welcher keine Excusation hatte, die potioris nominatio, d. h. die Nennung eines Andern, welcher dringendern Beruf zur Vormundschaft habe, als der zur Tutel Berufene. Diese letztere, vorher kaum dem Namen nach bekannt, hat man nun aus den von Mai bekannt gemachten Vaticanischen Fragmenten, als vollständig ausgebildete Theorie kennen gelernt, sie ist aber, bis auf einige, wohl nur aus Versehen, stehen gebliebene Reste, aus dem Justinianeischen Rechte verschwunden. Ich werde davon im Anhange dieses Titels handeln. In diesem Titel ist blos von den Excusationen der Vormünder die Rede. Ein großer Theil desselben besteht aus zum Theil sehr ausführlichen Fragmenten, die aus des Herennius Modestinus in griechischer Sprache geschriebenen *libris VI. Excusationum* genommen sind, von denen uns in der *L.* 1. *pr.* sogar der Anfang mitgetheilt worden ist. Wir sehen daraus, daß das Werk, von dem Verfasser ὅπερ παραίτησιν ἐπιτροπῆς καὶ κου-

90) *Princip. J. h. t. L.* 17. §. 4. *D. eod.* et totus Tit. Pand. *de vacatione et excusat. munerum.* (L. 5.)

ρατορίας genannt, einem gewissen Ignatius Dexter zugeeignet war. Den Inhalt dieses Werks betreffend, so handelte Modestin libro I. von denen, welche nicht Tutoren seyn können [91]). Lib. II. et III. von denen, welche Vormünder seyn, aber sich entschuldigen können [92]). Lib. IV. von Zeit und Ort der Geltendmachung der Excusationen [93]), und Lib. V. et VI. von unzulässigen Excusationen [94]).

Herennius Modestinus, ein Schüler Ulpians, den er, als seinen Lehrer, immer mit Auszeichnung anführt [95]), war Rath des Kaisers Alexander Severus, welcher, wie sein Biograph Aelius Lampridius [96]) erzählt, der griechischen Sprache kundiger, als der lateinischen, war. Er schrieb unter diesem Kaiser seine *libros excusationum*, und vielleicht, wie Everard Otto [97]) glaubt, dem Kaiser zu gefallen, griechisch. Es ist auch ein Rescript vom Alexander an Herennius [98]) vorhanden, von dem sich nicht bezweifeln läßt, daß es unsern Modestin angehe [99]).

91) *L.* 1. §. 3. *D. h. t.*

92) *L.* 2. 4. 6. 8. 10. *et* 12. *h. t.*

93) *L.* 13. *h. t.*

94) *L.* 14. *et* 15. *D. h. t.* S. *Jac.* Cujacii Commentar. ad L. 1. D. h. t. (*Opp.* Tom. I. p. 1034.)

95) *L.* 2. §. 5. *D. Qui pet. tutor.* nennt er ihn egregius, und *L.* 13. §. 2. *D. eodem.* zählt er ihn unter die corypheos legum prudentum.

96) In *Alexandro Severo.* Cap. 3. Cap. 26. et 67.

97) De Aedilibus coloniar. et municipior. Cap. VI. §. 3. pag. 174.

98) *L.* 11. *Cod. Ex quib. caus. infam. irrog.* (II. 12.)

99) S. Zimmern Gesch. des Röm. Priv. R. 1. B. 1. Abth. §. 102. S. 384.

Modestin hat, wie er selbst sagt[100]), die lateinischen Kunstwörter, wofür er keinen passenden griechischen Ausdruck fand, gräcisirt, die Worte der Gesetze aber (τὰ τῶν νόμων ῥήματα) in der lateinischen Sprache beybehalten. Er versteht unter diesen νομοι, wie man aus dem Inhalt der Fragmente sieht, die darin vorkommenden Constitutionen der Kaiser. Da er aber auch die lateinischen Worte der aus Ulpian und Paulus entnommenen Stellen beybehalten hat, sollte er etwa auch diese Leges genennt haben? Augustin und Cujaz meinen es.

In den Pandecten findet sich eine alte lateinische Uebersetzung von den gedachten Fragmenten, welche als regelmäßiger Bestandtheil in die Bolognesische Recension des Textes aufgenommen worden ist. Von ihrer Entstehung finden sich jedoch keine Nachrichten. Odofredus[1]) erzählt zwar in seinen Glossen, ein Pisaner, den er bald Berguntio, bald Burgundius nennt, habe das Griechische, was in den antiquis libris gefunden werde, ins Lateinische übersetzt, und widerlegt zugleich diejenigen, welche den Bulgarus für den Uebersetzer halten wollen, welches darum nicht wahr seyn könne, weil Bulgarus so wenig von dem Griechischen verstanden habe, als Er[2]). Allein es ist ungewiß, ob jener Burgundius, oder, wie

100) *L.* 1. *§.* 1. *et* 2. *D. h. t.*

1) In Dig. vet. Gloss. ad L. 2. de legibus, ferner Gl. in L. 29. D. eodem, et Gl. in L. 16. §. 4. D. Mandati.

2) *Gloss. ad L.* 2. cit. Sed hoc non est verum, *quia dominus* BULGARUS *non scivit plus de Graeco*, *quam Ego.* Sed interpretationes de Graeco in latinum fuerunt factae per quendam *Pisanum*, qui vocabatur dominus BERGUNTIO.

er eigentlich heißt, Burgundio [3]) auch diese größern Fragmente aus dem Modestinus, oder nur die kleineren griechischen Stellen, welche in den übrigen Büchern und Titeln der Pandecten zerstreut sind, übersetzt habe. Das erstere behaupten Guido Grandi [4]), und Everard Otto [5]). Das letztere Herr von Savigny [6]), welcher die lateinische Uebersetzung der in diesem Titel enthaltenen griechischen Fragmente des Modestinus nicht ohne Grund für weit älter hält, und über die Zeit der Schule zu Bologna hinaussetzt, weil Accursius geneigt ist, sie dem Modestin [7]) selbst zuzuschreiben. Dem sey nun, wie ihm wolle, so sind alle darin einverstanden, daß diese lateinische Uebersetzung schlecht gerathen sey. Sie entspricht nicht dem Lobspruche, womit des Burgundio Grabstein bey Sct. Paulus an dem Ufer des Arnus geziert ist [8]).

3) Es ist eben derjenige Burgundio, welcher auch mehrere theologische Werke, nämlich die Homilien des Chrysostomus über den Matthäus und Johannes, die Homilien des Basilius über den Jesaias, das Buch des Johann Damascenus *de fide orthodoxa*, das Buch des Nemesius *de natura hominis*, und den *liber Vindemiae* oder *Geoponicus* aus dem Griechischen ins Lateinische übersetzt hat. S. von Savigny Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter. B. IV. Kap. 35. S. 339.

4) Epist. de Pandectis ad *Josephum* Averanium. *Pisis* 1726. pag. 26.

5) De Aedilib. coloniar. et mnnicip. Cap. VI. §. 3. p. 175.

6) A. a. O. S. 341. und im 3. B. Kap. 22. Not. 82. S. 445.

7) *Gloss. in L. 1. pr. h. t.* Sed certe bene potest dici e contra, quod ex Graeco in Latinum transtulit Herennius.

8) S. Grandi Epist. cit de Pandectis. c. I.

Optimus interpres Graecorum fonte refectus
Plurima Romano contulit eloquio.

Schon dieser Umstand macht es zweifelhaft, daß Burgundio, der Pisaner, die in diesem Titel der Pandecten enthaltenen griechischen Fragmente des Modestinus übersetzt habe. Vielleicht rührt die Uebersetzung von demselben unbekannten Verfasser her, der auch die griechischen Novellen des Kaisers Justinian ins Lateinische übersetzte. Italien ist ohne Zweifel ihr Vaterland. Anton Augustin nennt diese lateinische Uebersetzung eine barbara interpretatio, und tadelt die Unwissenheit jenes Zeitalters, welches dieser Uebersetzung den Vorzug vor dem eleganten griechischen Texte des Modestinus gegeben habe. Erst durch die Bemühungen eines Budäus, Alciatus, und Haloanders ward der verbannte griechische Text aus den florentinischen Pandecten wieder hergestellt. Augustin war es nun, welcher sich um eine neue richtigere und elegantere lateinische Uebersetzung, mit einer Erläuterung aller aus den Büchern des Modestinus von Excusationen nicht nur in dem 27., sondern auch in dem 26. Buche der Pandecten vorkommenden griechischen Fragmente verdient machte [9]). Er hat jedoch nicht die Ordnung der

9) *Antonii* Augustini ad Modestinum sive de Excusationibus liber singularis (in *Ev.* Ottonis *Thes. iuris Rom.* Tom. IV. pag. 1559 — 1604.) Mit Recht sagt *Franc.* Balduinus in Commentar. in Institut. Lib. I. Tit. 25. in Προθεωρια. *Quae hactenus fuerant desiderata Graeca responsa, nunc extant in Pandectis Hervagianis: ut tandem fontibus repertis debeamus contemnere impuras lacunas vulgaris interpretis, praesertim cum nunc alia edita sit multis nominibus melior latina translatio Antonii* Augustini. Und *Ev.*

Bücher des Modestinus, sondern die Ordnung der Fragmente befolgt, so wie dieselben in den Pandecten vom 26. Buche an auf einander folgen.

Darnach lassen sich nun die heutigen Ausgaben unserer Pandecten in vier Classen abtheilen. Die eine Classe enthält blos den griechischen Text. Zu dieser gehören die von Greg. Haloander, Lud. Miräus, Lud. Russardus [10]), und Lud. Charondas. Die andere Classe enthält nur den lateinischen Text nach der alten Uebersetzung. Zu dieser gehören die Ausgaben des Dionys. Gothofredus. Die dritte Classe enthält den griechischen Text, mit Beyfügung der alten Uebersetzung. Ich zähle dahin die Ausgaben des Jul. Pacius, des Simon van Leeu-

Otto cit. loc. pag. 174. kann sich nicht genug wundern über die *incuria* oder *superstitio nostrorum, qui per omnes fere Pandectarum editiones, omisso textu authentico, versionem ineptam et barbaram propagarunt, licet praesto esset accurata translatio Ant.* Augustini, *Hispanorum doctissimi et Tarraconensis Archiepiscopi, in libro singulari ad hos* Modestini *libros edito, qui emendationum libris subiectus est.* Ferandus Adduensis Explication. Lib. I. Cap. 27. (in *Thes. J. R. Otton.* Tom. II. pag. 532.) beschuldiget zwar den Augustin, er habe nicht immer richtig übersetzt; allein man sehe *Ev.* Otto de Aedilib. Cap. VI. §. 3. p. 176. sq. und *Ant.* Schulting Notae ad Dig. s. Pand. Tom. IV. h. t. ad L. 6. §. 8. pag. 459.

10) Russard hat jedoch seiner Ausgabe der Pandecten, welche *Lugduni* 1560. *f.* erschienen ist, eine Uebersetzung aller der griechischen Stellen beygefügt, welche in den Pandecten vorkommen. Hier findet man auch die lateinische Uebersetzung des Anton Augustinus von den griechischen Fragmenten des Herennius Modestinus *de Excusationibus.*

wen, des Gebauer-Spangenberg, und die neueste von Joh. Lud. Wilh. Beck. Die vierte Classe besteht aus denjenigen Ausgaben, welche den griechischen Text mit der bessern Uebersetzung des Anton. Augustinus, und der alten Uebersetzung, die sie interpretatio *vulgaris* nennen, und bey jedem Fragment auf die des Augustinus folgen lassen, verbunden haben. Zu dieser gehören die Ausgaben des Wilhelm Merlinus, des Hugo a Porta, und des Petrus ab Area Baudoza Cestius.

Einige von den griechischen Fragmenten des Modestinus hat auch Jan. Thom. Wilh. van Alphen[11]) mit Anmerkungen, die ersten funfzehen Gesetze dieses Titels aber Jac. Cujaz[12]) mit einem ausführlichen Commentar versehen. Soviel die Fragmente selbst anlangt; so sind eigentlich nur zehen, nämlich L. 1. 2. 4. 6. 8. 10. 12. 13. 14. und 15. griechisch. Diese haben auch nur die Aufschrift Modestinus *libro I. II.* etc. *Excusationum.* So wie aber in diesen griechischen Fragmenten mehrere lateinische Stellen aus des Ulpiani *libro singulari de officio praetoris tutelaris* (z. B. L. 6. §. 13. D. h. t. *L.* 8. §. 9. *eod.*) und *de excusationibus* (z. B. *L.* 15. §. 16. *D. eod.*) desgleichen aus des Pauli *libro singulari de officio Praetoris tutelaris* (z. B. *L.* 6. §. 19.) wörtlich angeführt werden; so sind auch gewiß aus eben diesem Werke die, unter dem Schein selbstständiger Fragmente, von den Compilatoren aufgenommenen Aus-

11) Specim. exhibens selecta quaedam iuris publici et privati Capita. *Lugd. Batav.* 1792. Cap. 2.

12) *Jac.* Cujacii ad Tit. Pandectar. de Excusationibus Commentarii. (*Oper.* Tom. I.)

züge aus Ulpians *libro singulari de officio praetoris tutelaris* (L. 3. L. 9.) und desselben *libro singulari de excusatione tutorum* (z. B. *L.* 11. *D. eod.*) in unsern Pandecten Titel übergegangen, wie der Zusammenhang der griechischen Fragmente mit den angeführten ausser allen Zweifel setzt [13].

Eine neue Rechtsquelle, welche man nun für die Lehre der Excusationen bey Vormundschaften als die eigentliche Hauptquelle zu betrachten hat, ist uns durch die von dem unsterblich verdienten Angelo Majo zu Rom auf rescribirten Blättern in der Vatikana entdeckten, und edirten Fragmente, welche man für jetzt nur noch nach dem Orte der Auffindung *Fragmenta Vaticana* [14]) zu nennen pflegt,

13) Es hat dieses auch Dirksen in den civilist. Abhandlungen. 1. B. 3. Abh. Bemerkungen über Justinians Compilation S. 205. bemerkt.

14) Der vollständige Titel der Original-Ausgabe dieser Fragmente ist: Juris civilis Anteiustinianei Reliquiae ineditae ex Codice rescripto Bibliothecae Pontificiae Vaticanae, curante Angelo Maio, Bibliothecae eiusdem Praefecto. *Romae* 1823. 8. maj. Es folgt nachher noch ein zweyter Titel: *Juris civilis* et Symmachi Orationum partes. *C.* Julii Victoris ars rhetorica. *L.* Caecilii Minutiani Apuleii Fragmenta de Orthographia, cum appendicibus et tabulis aeneis. Den Fragmentis J. C. geht voran ein Commentarius praevius, welcher aus 3 Theilen besteht. P. I. de Vaticanis Fragmentis iuris civ. p. IX—XXII. P. II. de Symmacho, Symmachorum gente, et Symmacho oratore. p. XXIII — LXIII. P. III. De C. Julii Victoris Rhetorica, et de L. Caecilio Minutiano Apuleio Grammatico. pag. LXIV — LXXX. Nun folgen die Fragmenta iuris civ. selbst in 7 Abschnitten unter folgenden

eröffnet worden[15]). In diesen Fragmenten findet sich unter Titelrubricken. 1) *Ex empto et vendito*, 2) *de usufructu*, 3) *de dotibus, et re uxoria*, 4) *de excusatione.* 5) *Quando donator intelligatur revocasse voluntatem?* 6) *de donationibus ad Legem Cinciam*, und 7) *de cognitoribus et procuratoribus.* Nach diesen Fragmenten erscheinen Codicis Theodosiani variae Lectiones. Dann Lex Romana s. Responsum Papiani. Endlich Codicis Theodosiani Summaria quaedam e pervetere Codice. Nach diesen Fragmentis J. C. folgen nun *Q. Aurelii Symmachi* novem Orationum partes cum adnotationibus. Dann *C. Julii Victoris* ars rhetorica. Nächstdem *L. Caecilii Minutiani Apuleii Grammatici* de Orthographia trium librorum Fragmenta. Den Schluß dieser Ausgabe machen zwey Appendices. I. de pervetere interpretatione latina Concilii prioris Chalcedonensis. II. de libro quodam astrologico ad *M. Aurelium* Imp. misso. Die Vaticana iuris Romani fragmenta, jedoch nur diese allein, wurden noch in eben dem Jahre 1823. zu Paris 8., dann zu Berlin 1824. hier aber ohne Mai's Vorrede, jedoch mit den Fragmenten des Papian's und den Varianten des Theodosianischen Codex, nachgedruckt. Die nachher zu Leipzig im Jahr 1825. erschienene, und sich editio castigatior nennende Ausgabe ist blos ein fehlerhafter Nachdruck der oben gedachten Pariser Ausgabe. In beyden fehlen auch die größtentheils den Theodosianischen Codex betreffenden Anhänge. Das neueste und vollständigste Werk, was wir jetzt darüber haben, verdanken wir dem Fleiße und der Gelehrsamkeit des H. D. von Buchholtz. Es hat den Titel: Juris civilis Anteiustinianei Vaticana Fragmenta ex codice rescripto ab *Angelo Maio* edita, recognovit, commentario tum critico tum exegetico, nec non quadruplici appendice instruxit *Alex. Aug. de* Buchholtz. *Regiomonti Borussorum* 1828. 8.

andern ein ausführlicher Abschnitt mit der Ueberschrift *de Ex-*

15) Diese Vatikanischen Fragmente scheinen nur der geringste Theil eines wahrscheinlich sehr umfassungsreichen Werks zu seyn, wie sich theils aus den Quaternionenzahlen, welche auf einzelnen Blättern der Handschrift bemerkt sind, theils aus der Ausführlichkeit der erhaltenen Stücke schließen läßt. Daß die Entstehung desselben noch vor die Publication des Theodos. Codex zu setzen sey, ist daraus abzunehmen, weil darauf, wie doch wohl zu erwarten gewesen wäre, keine Rücksicht genommen worden ist. Wir finden sogar manche Constitutionen hier vollständig, von denen der Theod. Codex nur den Auszug giebt. Man vergleiche z. B. §. 85. mit *L.* 2. *C. Th. de contrah. emt.* (III. 1.) §. 37. mit *L.* 1. *Cod. Th. de fide et iure hastae* (X. 17.) und §. 249. mit *L.* 1. *C. Th. de donat.* (VIII. 12.) Die darin enthaltenen Constitutionen gehen vom Jahre 205. (§. 267.) bis 372. (§. 37.) Es fällt also die Entstehung dieses Werks wahrscheinlich in das Ende des 4. oder in den Anfang des 5. Jahrhunderts. Dieß zeigt auch die Beschaffenheit der Handschrift selbst. Ob übrigens das Werk auf höhern Befehl verfaßt, oder eine bloße Privatarbeit sey, darüber läßt sich nichts, auch nur mit einiger Wahrscheinlichkeit, bestimmen. Eine genauere Beschreibung dieser Fragmente geben *Ang.* Maius in Commentar. praev. de Vaticanis fragmentis. iur. civ. praemiss. editioni a se adornat. P. I. pag. 9 — 22. Keller in Themis Tom. VI. (*Paris* 1624.) pag. 521 — 525. von Schröter im Hermes Band 25. (Leipzig 1826.) Heft 2. S. 362 — 377. Wenck in der Leipziger Litteratur Zeitung vom J. 1824. Nr. 173. u. 174. Hugo in den Götting. gelehrten Anzeigen vom J. 1824. Nr. 16. und Nr. 68. Derselbe in der Rechtsgesch. S. 14. u. S. 856. f. Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts 1. B. 1. Abth. §. 7. S. 32 — 34. Schrader in der kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft. 1. B. (Tübingen 1826. 8.)

cusatione, welcher vorzüglich aus den Schriften des Papinianus, Paulus und Ulpianus excerpirt worden ist[16]). Das darin vorkommende häufige item macht es wahrscheinlich, daß alle Auszüge aus derselben Schrift gewöhnlich unmittelbar auf einander folgen. Eben daraus läßt sich auch die so häufige Wiederkehr zu früher abgehandelten Gegenständen erklären, so daß die Excerpten-Ordnung nicht zu verkennen ist. Die meisten Fragmente sind aus Ulpianus *de officio Praetoris tutelaris* excerpirt. Es gehören dahin die §§. 173—223. von denen jedoch die §§. 173—185. höchst lückenhaft sind. Daraus sind ferner die §§. 232—236. nicht minder die §§. 238—242. genommen. Unter diesen befinden sich einige, die in den Pandecten aus Ulpiani *libro singulari de excusationibus* vorkommen. Man vergleiche z. B. den §. 189. der Fragmente mit *L.* 15. §. 16. *D. h. t.* und den §. 240. mit *L.* 7. *D. eodem.* Beyde Schriften des Ulpianus scheinen sich zu einander wie die erste und zweyte verbesserte Ausgabe desselben Werks zu verhalten. Der liber singularis de excusationibus war vermuthlich die erste oder ältere Ausgabe, der liber singularis de officio Praetoris tutelaris hingegen die zweyte vermehrte und verbesserte Ausgabe, welche ausserdem, was die erste Ausgabe enthielt, noch durch andere Materien war vermehrt worden, und daher, wie bey den Röm. Rechtsgelehrten mit den verbesserten Ausgaben ihrer

S. 167 — 186. und *Alex. Aug. de* Buchholtz in Praefat. ad Vaticana fragmenta cum Commentario suo edita.

16) S. *de* Buchholtz Excurs. I. de fontibus Vaticanorum fragmentorum. adject. eiusd. editioni Fragmentor. Vatican. p. 295 — 325.

Bücher öfters der Fall war [17]), einen neuen Titel erhielt [18]). Aus welchem Buche aber die Paragraphen 123 — 171. genommen sind, läßt sich mit Gewißheit nicht bestimmen, weil gerade der Anfang des §. 123. fehlt. Herr von Buchholtz [19]) meint, sie seyen von Ulpian, und aus dessen *libro singulari de excusationibus* genommen. Aus des Paulus *libro singulari de excusatione tutorum*, welchen Einige für die Quelle derselben halten wollen, könnten sie darum nicht seyn, weil Paulus als ein geborner Paduaner, in seinen Schriften nicht gräcisire, geschweige griechischer Ausdrücke sich bediene, welche hingegen in den Schriften Ulpians, eines gebornen Tyriers, häufig gelesen würden. So finde man in dem §. 130. dieser Fragmente die Ausdrücke arthriticus, psoricus, epilempticus, und in dem §. 137. anabolicarius. Allein dieser Grund scheint mir nicht genug für

17) So wird z. B. §. 247. Fragm. Vatican. ein Excerpt aus des PAULI *libro I. editionis secundae de iurisdictione tutelari* angeführt, vielleicht ist dieses Werk blos eine repetita praelectio von dem §. 244. angeführten libro singulari de officio praetoris tutelaris. S. Schrader a. a. O. S. 174. Vielleicht tritt auch das nämliche Verhältniß bey des Paulus *libro singulari de excusationibus*, dessen §. 231. *Fragm. Vatic.* gedacht wird, und dem *libro singulari. de excusatione tutorum* ein, woraus §. 246. ein Fragment angeführt wird. *de* BUCHHOLTZ Fr. Vatic. not. m. ad §. 231. pag. 176. hält zwar beyde Schriften für verschieden; allein Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. 1. Abth. §. 100. a. Not. 51. a. S. 376. hält sie für identisch.

18) H. Dr. von Buchholtz hat dieses in dem angeführten Excurs. I. pag. 312. sq. ausführlicher bewiesen.

19) Excurs. cit. pag. 310. sq.

Ulpian zu sprechen. Paulus gräcisirt gewiß sogut, wie Ulpian. Man vergleiche nur z. B. die *L.* 7. §. 1. *D. de edendo* (II. 13.) *L.* 1. §. 1. *D. de contrah. emt.* (XVIII. 1.) *L.* 5. *D. de aedilitio Edicto.* (XXI. 1.) u. d. m. Eben deswegen wollte ja Bertrand [20]) den Paulus so gut, wie den Ulpian, für einen Tyrier halten, weil er überdem mit Ulpian und mit des Alexanders Mutter Mammäa befreundet war. Laurentius Pignorius [21]) hat ihn zwar deshalb mit Recht widerlegt, allein der gracisirenden Latinität des Paulus hat er nicht widersprochen, er entschuldiget sie blos mit dem herrschenden Geschmack seines Seculums, quod elegantiam ducebat Graecis litteris uti, welches auch sogar Juvenal [22]) nicht unberührt gelassen habe, wie aus folgenden Versen erhelle:

Quae nunc divitibus gens acceptissima nostris,
Et quos praecipue fugiam, properabo fateri,
Nec pudor obstabit, non possum ferre, Quirites,
Graecam urbem.

20) Βιοι νομικων sive de Iurisperitis. lib. I. Cap. 25. (in *Jo. Christ.* Franck *Vitis tripartit. ICtor. vett.* pag. 126 sqq.)

21) Symbolar. Epistolicar. Lib. I. Epist. 41. Der Brief ist auch abgedruckt in Franck Vitis tripartit. zu Bertrand Βιοι Νομικων c. l. pag. 126 — 129. Man vergleiche noch *Ant.* Augustini Emendation. et Opinion. Lib. II. cap. 1. et Lib. IV. Cap. 8. *Scip.* Gentilis Parergor. ad Pand. Lib. I. cap. 6. und *Franc. Car.* Conradi Julius Paulus ab iniuriis Criticor. vindicatus. §. XXI. (in eius *Parerg.* pag. 554).

22) Lib. I. *Satir. III.* v. 58 — 61.

Die für Ulpian angeführten gräcisirenden Ausdrücke sind ja nicht vom Ulpian geschaffen, sondern es sind Terminologien, die Paulus so gut, wie Ulpian, gebraucht haben könnte und würde. Als ein noch näherer Grund, daß die Paragraphen 123 — §. 171. aus Ulpians *libro singulari de excusationibus* excerpirt seyn könnten, wird zwar noch daher genommen, daß nicht nur manche Paragraphen wörtlich mit einander übereinstimmen, wie z. B. §. 145. mit §. 222. §. 151. mit §. 223. und §. 169. mit §. 196. sondern auch manche Materien vollständiger in den aus dem *libro singulari de officio Praetoris tutelaris* genommenen Fragmenten, als in den vorhergehenden abgehandelt werden, wie z. B. die excusatio ob certum tutelarum numerum, welche §§. 186 — 190. viel ausführlicher dargestellt werde, als es in den vorhergehenden Fragmenten §. 125 — §. 128. geschehen sey. Allein die im Ganzen hervorleuchtende große Verschiedenheit zwischen jenen streitigen Paragraphen und denen, welche unstreitig aus dem *libro singulari* Ulpiani *de officio praetoris tutelaris* excerpirt sind, schwächt diesen Beweis dergestalt, daß die in einigen Paragraphen erscheinende Uebereinstimmung nicht in Betracht kommen kann. Nimmt man an, daß des Ulpiani *liber singul. de officio praetoris tutelaris* eine zweyte vermehrte Ausgabe jenes de excusationibus sey, so ist nicht einzusehen, warum der Verfasser der Fragmente die Paragraphen, worüber gestritten wird, aus der ersten und ältern Ausgabe excerpirt haben sollte. Sollte denn etwa diese Ausgabe vollständiger gewesen seyn, und die repetita praelectio das zum Theil nicht enthalten haben, was aus jener excerpirt worden ist? Dieses würde ja aber der Behauptung entgegenstreiten, quod secunda editio

praeterea, *quod illam, sc. primam, propter argumenti paritatem penitus in se recipere debuit,* quoque nonnullas alias res tractaverit [23]). So wahr es nun auch immer ist, was der große Anton Augustin [24]) sagt, es sey nichts Seltenes, daß in verschiedenen Schriften des nämlichen Verfassers dasselbe mit denselben Worten gelesen werde; so gewiß ist es aber auch, daß Paulus mit denselben Worten das Nämliche gesagt habe, was auch Ulpian gesagt hat. Man vergleiche zum Beyspiel die *L. 46. D. h. t.* welche aus des Paulus *libro singulari de Cognitionibus* genommen ist, mit den §§. 233 und 235. der Vatikanischen Fragmente, welche aus Ulpian *de officio praetoris tutelaris* excerpirt sind. Ich bin demnach eher geneigt, die §§. 123 — §. 171. dem Paulus, als dem Ulpian zuzueignen. Aus welchem Buche des Paulus sie aber genommen sind, ob aus dessen Buche *de excusationibus*, oder *de officio Praetoris tutelaris*, oder *de iurisdictione tutelari*, läßt sich nicht bestimmen. Uebrigens findet sich in diesen Fragmenten eine nicht geringe Anzahl bisher unbekannter Stellen aus Papinianus, Paulus, und Ulpianus. Die wenigen bisher bekannten in den Pandecten sind hauptsächlich aus dem oben gedachten griechisch geschriebenen Werke des Modestinus in dieselben übergegangen, auf welches Werk aber von dem Verfasser der Fragmente keine Rücksicht genommen worden ist. Die in den Fragmenten angeführten und vorkommenden kaiserlichen Rescripte, bey weiten die meisten von Septimius Severus und

23) S. Buchholtz c. l. pag. 312.

24) Emendation. et Opinion. Lib. I. Cap. 6.

Antoninus Caracalla [25]), einige auch von den divis Fratribus, Marcus und Lucius Verus [26]), und mehrere von Marcus Aurelius [27]), sind nicht rein, etwa aus einer vor Augen gehabten Sammlung, sondern aus den Schriften der oben angeführten Röm. Rechtsgelehrten genommen. Denn daß der Compilator der Vatikanischen Fragmente den Gregorianischen und Hermogenianischen Codex gebraucht habe, ist um so weniger erweislich [28]), da nicht einmal gewiß ist, ob diese Codices zur Zeit der Abfassung unserer Compilation schon verfaßt, geschweige im Gebrauche waren [29]).

Soviel endlich noch die vorzüglichsten Schriften über diese Materie betrifft, so haben diese Lehre des Röm. Rechts besonders, soweit es ohne die neu entdeckten Quellen möglich war, Hugo Donellus [30]), Anton Faber [31]), Ulrich Huber [32]), und S. Gratama [33]),

25) S. §. 125. 131. 147. 200. 201. 206. 211. 215. 235. 236. 238. 246. Besonders das viele einzelne Theile der Lehre von Excusationen umfassende Hauptrescript dieser Kaiser an Claudius Herodianus §. 191. 208 und 247.

26) *Fr. Vatic.* §. 154. 168. und §. 245.

27) *Fr. Vatic.* §. 203. 205. 220. 221. und §. 222.

28) S. *de* Buchholtz cit. Excurs. I. pag. 319. u. Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. 1. Abth. §. 7. S. 33.

29) S. Schrader in der angef. Tübing. Zeitschr. 1. B. S. 177.

30) Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 9. et 15. (Vol. II. pag. 109 — 142. et pag. 192 — 199 edit. *Koenig*.)

31) Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XXIV. pag. 1090 — 1145.

32) Digression. Justinian. P. I. Lib. III. Cap. 20 — 24. pag. 232 — 246.

33) Praelectiones ad Proem. et Librum primum Institution. Justinian. (*Gröningae* 1818.) pag. 321 sqq.

mit Benutzung jener Quellen aber Siegm. Wilh. Zimmern [34]; insonderheit nach dem deutschen Rechte Christ. Jacob von Zwierlein [35], und Mittermaier [36]) bearbeitet.

§. 1354. a.

Begriff und Eintheilung der Excusation in die freywillige und nothwendige.

Das noch jetzt gültige Mittel von der Vormundschaft loszukommen ist also die Excusation. Das Wort *Excusatio* wird aber in verschiedener Bedeutung genommen. Im eigentlichen Sinne versteht man darunter die Anführung eines gesetzlich gebilligten Grundes vor Gericht, weshalb Jemand zur Uebernehmung einer angetragenen, oder zur Fortsetzung einer schon übernommenen Vormundschaft nicht gezwungen werden kann [37]). *Excusare se a tutela*, sagen daher die *Divi* Severus und Antoninus [38]), heiße adire magistratum, et postulare liberationem ab iniuncta tutelae vel curae administratione. Dieser Begriff wird noch mehr dadurch

34) Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. §. 240—242. S. 898—914.

35) Observationes selectae ex iure Germanico et S. R. I. publico de excusationibus tutorum et curatorum, praes. *Gottl. Aug.* Jenichen def. *Giessae* 1755. 4.

36) Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. §. 377.

37) S. Brissonius de Verb. Signif. voc. *Excusare* und voc. *Excusatio*. *Hub.* Giphanius Antinomiar. iur. civ. s. Disputationum Lib. I. Disp. VII. Th. 1. pag. 10c. und *Jo. Ortw.* Westenberg Princip. iuris secund. Ord. Digestor. h. t. §. 1.

38) *L.* 10. §. 4. *L.* 21. *L.* 27. *D. h. t.*

begründet, daß das Wort *excusare* sowohl bey den Römischen Classikern, als Rechtsgelehrten sehr häufig in der Bedeutung von allegare causam, einen Entschuldigungsgrund anführen, genommen wird [39]. So sagt z. B. Tacitus [40]: *At* TIBERIUS, *quod supremis in matrem officiis defuisset, — magnitudinem negotiorum per literas* EXCUSAVIT. Desgleichen Horaz [41])

— — — *ille Philippo*
EXCUSARE *laborem et mercenaria vincla*
Quod non mane domum venisset.

Von den Römischen Juristen liefert uns besonders Ulpian zwey treffende Stellen. Die eine aus *libro X. ad Sabinum* [42]), wo er sagt: vel alia iusta causa, *quam mox Praeses litteris* EXCUSAVERIT, moram non recipiat; die andere aus *libro IX. ad Edictum* [43]), wo es heißt: Ubicunque absens quis damnari potest, ibi quemvis verba pro eo facientem, et *innocentiam* EXCUSANTEM, (i. e. allegantem) audiri aequum est. Der Ausdruck *tutela se abdicare*, den Cicero [44]),

39) Man vergleiche hier vorzüglich *Pet.* FABRI Semestrium Lib. III. cap. 23. pag. 366. sq.

40) *Annal.* Lib. V. Cap. 2.

41) *Lib. I. Epist.* 7. vv. 66 — 68.

42) *L.* 6. §. 9. *D. de iniusto rupto et irr. testam.* (XXVIII. 3.)

43) *L.* 33. §. 2. *D. de procurator.*

44) *Ad Atticum Lib. VI. Epist.* 1. (Tom. I. pag. 569. edit. *Graev.*) *Itaque aut* TUTELA *cogito me* ABDICARE, nämlich die ihm vom Senate über den Ariobarzenes war übertragen worden. S. *Epist. ad Familiares* Lib. XV. Ep. 2. et 4.

und auch Ulpian[45]) gebrauchen, scheint jedoch eine andere Beziehung zu haben, welche im Justinian. Rechte nicht mehr vorkommt.

Man nennt aber auch den gesetzlichen Befreyungsgrund von der Vormundschaft *excusatio*. Z. B. in den Redensarten: excusationem habere, vel non habere[46]), excusationis causas contestari[47]), excusatio com-

45) *Fragm. Tit. XI.* §. 17. Si *abdicaverit se tutela*, desinit esse tutor. *Abdicare* autem est, dicere nolle se tutorem esse. *Ulr.* Huber Praelect. ad Institut. h. t. §. 20. in fin. will den Ausdruck *abdicare* von einem excusare a tutela suscepta verstehen, was wir im Deutschen ausdrücken, die Tutel niederlegen; das *excusare* im eigentlichen Sinne aber von einer tutela tantum delata, die angetragene Tutel ablehnen. Es ist jedoch nicht zu übersehen, daß Ulpian a. a. O. nur eigentlich von der testamentarischen Tutel spricht. Denn so wie nur die tutela legitima in iure cedirt, nicht abdicirt werden konnte, so, sagt Ulpian, habe dagegen die tutela testamentaria nicht in iure cedirt, sondern nur abdicirt werden können. Es durfte auch nur der mulierum tutor abdiciren, dem man es nicht verdenken konnte, wenn er sich von der Last einer so lang dauernden Vormundschaft loszumachen suchte. S. Zimmern Gesch. des Röm. Priv. Rechts 1. B. 2. Abth. §. 251. S 953. In Justinians Compilation wird der abdicatio nirgends mehr gedacht, weil die Weibertutel ausser Gebrauch war, und der testamentarische Tutor eine besondere excusatio nöthig hat. S. Hugo Gesch. des Röm. Rechts bis auf Justinian. S. 154. Not. 2. der 10. Ausgabe.

46) *L.* 6. §. 13. *L.* 17. §. 1. *L.* 23. *L.* 44. *D. h. t.*

47) *L.* 38. *D. h. t.*

petit [48]), excusationem praebere [49]), probare [50]), proferre [51]) u. m. dergl.

Endlich wird auch die Befreyung selbst *excusatio* genennt, wie z. B. wenn die Gesetze sagen: excusatio datur [52]); excusari in perpetuum [53]); excusari ad tempus [54]). Alle diese Bedeutungen von dem Worte *excusatio* faßt der Begriff in sich, wenn man sagt, sie sey Anführung eines gesetzlich gebilligten Grundes, welcher, wenn er auf gehörige Art bewiesen wird, den Tutor oder Curator von Uebernehmung einer angetragenen, oder von der Forsetzung einer bereits übernommenen Vormundschaft befreyt [55]).

Diese Excusationen finden nun

1) bey allen Arten der Vormundschaft, ohne Rücksicht auf die Art der Delation, und also nicht blos bey der testamentarischen und Dativ-Tutel, sondern auch bey der legitima tutela Statt. In Ansehung der letztern sind zwar mehrere mit Cujaz [56]) anderer Meinung. Sie

48) *L.* 5. *L.* 31. *L* 44. *L.* 45. *D. h. t.*

49) *L.* 6. §. *ult. D. h. t.*

50) *L.* 39. *h. t.*

51) *L.* 39 cit.

52) *L.* 17. *D. h. t.* *L.* 3. *D. eodem.*

53) *L.* 12. *D. de exception.*

54) *L.* 12. *D. h. t.*

55) S. Theod. Max. Zachariä Institutionen des Röm. Rechts. h. t. S. 201.

56) Comment. ad L. 13. D. h. t. Ihm sind auch *Franc.* Hotomanus und *Hub.* Giphanius in Comment. ad §. 16. I. de excusat. tutor. beygetreten.

glauben, der mit der tutela legitima verbundene Vortheil der künftigen Erbschaft gestatte den Agnaten, denen diese Tutel deferirt wird, das Recht der Excusation nicht. Es sey eine bekannte Regel: Ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelae onus esse debet [57]). Daher würden sie auch in der vom Modestin [58]) angeführten Constitution der Kaiser Severus und Antoninus nicht mit genannt, wo gesagt wird, daß weder die Dativ-Tutoren noch die testamentarischen zu provociren nöthig hätten. Damit scheine nun zwar Justinian nicht übereinzustimmen, wenn er in seinen Institutionen §. 16. *h. t.* sagt: Qui autem excusare se volunt, non appellant: sed intra dies quinquaginta continuos, ex quo cognoverunt, excusare se debent: *cuiuscunque generis sunt.* Allein so allgemein auch Justinian sich ausgedrückt habe, so seyen doch die legitimi tutores darunter nicht mit begriffen, wie aus der beygefügten Interpretation des Kaisers erhelle: id est, *qualitercunque* DATI *fuerint tutores.* Dieß gehe blos auf testamentarische und Dativ-Tutoren, *quia legitimos tutores nemo dat*, wie Ulpian [59]) sagt, sed lex duodecim tabularum fecit tutores. Allein daß Justinian nicht so zu verstehen sey, wie ihn Cujaz erklärt hat, lehrt uns sein Paraphrast Theophilus [60]), welcher die Worte des Kaisers so erklärt: Κεχρήσθωσαν τῇ ἐξκουσατιόνι, εἴτε τεσταμεντάριοι, εἴτε λεγίτιμοι, εἴτε πάτρω-

57) §. *ult. I. de legitim. patronor. tut.*

58) *L.* 13. *pr. D. h. t.*

59) *L.* 5. *pr. D. de legitim. tutor.*

60) *Paraphr. gr. ad* §. 17. *I. h. t.* (Tom. I. pag. 197. edit. *Reitz.*)

νες, εἴτε φιδουκιάριοι, εἴτε ὑπὸ ἄρχοντος δεδομένοι, ἢ καὶ κουράτωρές εἰσιν ἰδικῶς δεδομένοι, ἢ ὑπὸ νόμων καλούμενοι. i. e. *Excusatione utantur tutores sive testamentarii, sive* LEGITIMI, *sive patroni, sive fiduciarii, sive a magistratu dati: sive etiam curatores sint specialiter dati, sive* A LEGIBUS VOCATI. Daß sich aber Theophilus hier keinesweges irre, wie Cujaz glaubt, beweisen klare Gesetze [61]), die seine Erklärung unterstützen. Noch in einem der neuesten Gesetze [62]), wodurch Justinian das neue Erbfolgesystem unter Verwandten einführte, und worin er verordnet, daß ein Jeder in dem Grade und in der Ordnung, wie er zur Erbschaft gerufen werde, auch die Vormundschaft übernehmen solle, sagt Justinian:

Haec autem dicimus, si masculi et perfectae aetatis sint, et nulla lege tutelam suscipere prohibeantur, *neque* EXCUSATIONE *sibi competente utantur.*

Daß die Gesetze von einer bloßen excusatio ad tempus zu verstehen seyen, wie Cujaz wähnt, und diese keine wahre excusatio zu nennen sey, ist eine Erklärung, wozu die Gesetze nicht die geringste Veranlassung geben, welche vielmehr, wegen ihrer allgemeinen Fassung, mehr von einer perpetuirlichen, als zeitigen Excusation erklärt werden müssen. Eben so wenig schließt die Hoff-

61) *L.* 2. §. 5. *L.* 20. *L.* 30. §. 2. *D. h. t. L.* 3. §. 8. *D. de legitim. tutor. L.* 1. *L.* 4. *Cod. de legitima tutela. L.* 9. *C. Qui dari tutores. L. ult. C. de bonis libertor. et iure patronat.* (VI 4.) *Lex Rom. Burgundion. Tit. XXXVI.* lin. 26 et 27. Tutores, *etiamsi legitimi inveniantur*, taliter excusantur. (edit. *Aug. Frid.* BARCKOW. *Gryphisw.* 1826. 8.)

62) *Nov. CXVIII. cap.* 5.

nung der künftigen Erbfolge die Excusation aus; und wenn die *L.* 13. *D.* und §. 16. *J. h. t.* blos der testamentarischen und Dativ-Tutoren gedenken, wenn sie sagen, daß sie zu appelliren nicht nöthig hätten, so folgt ja daraus nicht, daß die legitimi tutores sich nicht excusiren könnten. Denn bey der legitima tutela, welche nullius hominis facto, sondern ipsa lege deferirt wird, konnte ja natürlich von keiner Appellation die Rede seyn [63]). So haben auch schon längst Helf. Ulrich Hunnius [64]), Ulrich Huber [65]), Anton Schulting [66]), Everard Otto [67]), und am neuesten Sieg. Wilh. Zimmern [68]) die Meinung des Cujaz widerlegt. Mit dem Röm. Rechte stimmen auch die deutschen Reichsgesetze [69]) überein.

63) S. *Ge. Christ.* Gebaueri Excurs. VI. ad cap. 16. I. h. t. hinter seinem *Ordo Institut. Justin.* pag. 342—348.

64) Variar. Resolution. iuris civ. Lib. I. Tract. IV. Quaest. 26. pag. 248—250.

65) Praelection. iuris civ. secund. Institut. Justin. h. t. §. 20. pag. 89 sq.

66) Ad Ulpiani *Fragm. Tit. XI.* §. 17. Not. 46. (in Jurispr. vet. Antejust. pag. 600.)

67) Comm. ad §. 16. I. h. t.

68) Gesch. des Röm. Priv. Rechts 1. B. 2. Abth. §. 241. Not. 2. S. 903.

69) R. Policey-Ordn. vom J. 1577. Tit. 32. §. 1. „zu verordnen, daß den Pupillen und minderjährigen Kindern jederzeit, bis sie zu ihren vogtbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher, — da ihre angeborne Freund und Verwandten sich der Vormundschaft aus rechtmäßigen Ursachen nicht unterziehen wollen, — gegeben werden." S. von Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilrechts. 2. B. IV. Buch. §. 418. S. 118. der 3. Aufl.

2) Excusationen setzen voraus, daß die Ernennung des Vormundes gültig sey, weil es ausserdem keiner Excusation bedarf; es müßte denn der Vormund von der Obrigkeit confirmirt seyn, oder die Verwaltung der Vormundschaft freywillig übernommen haben [70]), wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 13. §. 12. *D. h. t.* Modestinus *libro IV. Excusationum.* *Οἱ γὰρ παρανόμως δοθέντες ἐπίτροποι, τουτέστιν ἢ ὑφ᾽ ὧν μὴ ἐχρῆν, ἢ οὗτοι οὓς μὴ ἐχρῆν, ἢ οἷς μὴ ἐχρῆν, ἢ ὃν μὴ ἐχρῆν τρόπον, ἐὰν μήτε βεβαιωθῶσιν, μήτε ἐφάψωνται τοῦ χειρισμοῦ, εἰσὶν ἀνεύθυνοι· οὐδὲ προοίσει τις αὐτοῖς, ὅτι τὰς προθεσμίας οὐκ ἐτήρησαν τῶν παραιτήσεων. οὐδὲ γὰρ ἔχουσιν παραιτήσεως ἀνάγκην, ὡς δείκνυται ἐκ τῶν ὑποτεταγμένων διατάξεων, ἃς παραδείγματος χάριν ὑπέταξα. ἐφαρμόζοιντο δὲ ἂν πᾶσιν.* i. e. secundum versionem *Ant.* Augustini: *Qui non legitime tutores dati sunt, hoc est, a quibus non oportet, aut hi, quos non oportet, aut his, quibus non oportet, aut quo modo non oportet, si neque confirmabuntur, neque suscipient administrationem, immunes sunt, neque eis obiicietur, quod constitutum excusationibus tempus non servaverint: cum excusare se eos non sit necesse: ut ex infra scriptis constitutionibus apparet, quas exempli gratia subieci: hae enim ad omnes casus trahi possunt.*

Von den Constitutionen, welche Modestinus hier beygefügt hatte, ist uns von den Verfassern der Pandecten nur eine aufbehalten worden, folgenden Inhalts:

Divi Severus *et* Antoninus *Augusti Narcisso.*

70) S. Cujacii Comm. ad L. 13. h. t. in fine.

Ab avo materno tutor datus, necesse non habuisti excusari, *quum ipso iure non tenearis.* Si igitur *administrationi te non miscuisti*, potes esse securus.

Noch ein anderes Rescript von dem Kaiser Alexander an Priscus kommt in dem Just. Codex vor.

L. 1. *C. de confirm. tutore* (V. 29.) Testamento matris tutores dati excusare se necesse non habent, nisi decreto secundum voluntatem defunctae, et quidem inquisitione habita, dati fuerint.

Beyde Rescripte handeln zwar nur von Vormündern, die im Testament ernannt worden sind, sie können aber, wie auch Modestin sagt, auf alle Fälle einer ungültig bestellten Vormundschaft angewendet werden.

3) Jede Excusation fällt weg, wenn man sich zur Uebernahme der Vormundschaft verpflichtet, oder in die Annahme stillschweigend eingewilliget, oder sich der Administration der Vormundschaft freywillig unterzogen hat, wozu man dem Rechte nach nicht verbunden gewesen wäre. Wer also

a) dem Vater des Mündels, von dem er auf eine gültige Art im Testament zum Tutor war ernannt worden, versprochen hat, daß er die Vormundschaft über seine Kinder übernehmen wolle, kann sich nicht excusiren. Justinian sagt in seinen Institutionen §. 9. *h. t.* Non excusantur, qui se tutelam administraturos patri pupillorum *promiserunt.* In den Vatikanischen Fragmenten §. 153. wird noch der Grund beygefügt: quia est inicum (iniquum) alios non esse datos, d. h. wollte sich der Vormund excusiren, so würden die Kinder ohne Vormund seyn, weil keine andern bestellt

sind. Es sey daher unbillig und unredlich, wenn der Vormund, der dem Vater das Wort gegeben, nachher die Vormundschaft nicht übernehmen wollte [71]). Ganz diesem gemäß sagt Modestinus *L.* 15 §. 1. *D. h. t.* Ὁ τῷ πατρὶ ἐπαγγειλάμενος ἐπιτροπεύειν τῶν παίδων, ἀφίεσθαι ταύτης τῆς ἐπιτροπῆς οὐ δύναται, κἂν ἄλλως ἔχει δίκαια ἀφέσεως; oder nach Augustins Uebersetzung: *Qui patri pupillorum promisit se futurum tutorem, excusare se hac tutela non potest, quamvis alias excusare se iure possit.*

b) Einem Versprechen wird gleich gehalten, wenn der Vormund das Testament des Vaters geschrieben hat, worin er zum Tutor seiner Kinder ernannt worden ist, und der Vater dabey eigenhändig erklärt hat, daß es mit seinem Willen geschehen sey. Hierdurch wird aller Verdacht gehoben, der sonst gegen den Vormund vermöge des Libonianischen Senatschlusses Statt finden würde, und der Vormund kann nicht als suspect removirt werden, er kann sich nun aber auch nicht excusiren. So sagt Papinian *libro XV. Responsorum*, woraus die *L.* 29. *D. de testamentaria tutela* genommen ist:

Ex sententia Senatusconsulti Liboniani tutor non erit, *qui se in testamento pupillo tutorem scripsit.* Quum autem *patris* voluntas, *hoc ipsum manu sua declarantis*, ambigua non esset, eum, quamvis alii tutores essent, *curatorem dandum* respondi, *nec admittendam excusationem*, quam iure publico habebat, *quoniam promisisse videbatur*, nec ut suspectum removeri [72]).

71) S. *de* Buchholtz Fragm. Vatic. ad §. 153. h. t. pag. 128. sq.

72) Man verbinde damit noch die *L.* 18. §. 1. *D. de lege Cor-*

Eben so geht c) das Recht der Excusation verloren, wenn man sich freywillig in die Administration der Vormundschaft eingemischt hat. Denn dieß ist noch mehr, als bloßes Versprechen. In den **Vatikanischen Fragmenten** §. 154. h. t. [73]) wird uns die Quelle dieses Rechts angegeben. Es heißt daselbst:

Item. Si *immiscuit se administrationi tutor*, perdit beneficium excusationis: plus enim egit, quam si promisisset; idque DIVI FRATRES *Domitio Rufo* rescripserunt in haec verba: *Liberis tutelam, quam sponte suscepisti, praebe; nam desiderasti.*

In dem Justinian. Codex haben wir noch ein anderes Rescript vom Kaiser **Philippus**. Es ist die *L.* 2. *Cod. Si tutor vel curator falsis allegationibus excusatus sit.* (V. 63.)

Tutores, quos *postea quam bona pupillorum administraverunt*, a Praeside provinciae quasi re integra excusari se impetrasse adseveras, periculum administrationis evitare minime posse, manifestum est.

Hierdurch erklärt sich, wenn **Herennius Modestinus** in der oben angeführten *L.* 13. §. 12. *h. t.* sagt: si *neque confirmabuntur, neque suscipient administrationem*, immunes sunt [74]); und hierauf deuten

nel. de falsis, welche aus des PAULI *libro III. Sententiarum* entnommen ist, und vergleiche den 29. Theil §. 1303. S. 164. f.

73) S. *de* BUCHHOLTZ Fragm. Vat. pag. 129.

74) In den *Basilic.* Tom. V. Libr. XXXVIII. Tit. 1. Const. 13. pag. 8. heißt es: *μήτε διοικήσῃ, μήτε βεβαι-*

auch die Kaiser Severus und Antoninus hin, wenn sie in der vom Modestin angeführten Constitution sagen:

Si igitur *administrationi te non miscuisti*, potes esse securus.

Ob die Ernennung des Vormundes auf eine gültige oder ungültige Art geschehen, ist hier ohne Einfluß, wie noch aus einer Stelle Papinians *libro V. Responsorum* erhellet. Sie lautet *L.* 39. §. 9. *D. de administr. et peric. tutor. et curator.* folgendermassen:

Curatores testamento vel tutores *inutiliter* dati, neque decreto Praetoris confirmati, *negotia gesserunt*, vice mutua periculum praestare coguntur, *quum officium sponte citra iuris adminiculum inierint*, et, qui fuit idoneus, decretum Praetoris curatores vel tutores constituentis implorare debuerit [75]).

Es gilt jedoch dieses nur von solchen Excusationen, welche der Vormund zu der Zeit schon hatte, da er sich der Administration freywillig unterzog, nicht von solchen, welche erst nachher entstanden sind, und von der übernommenen Vormundschaft befreyen [76]).

ωθῇ, οὐκ ἐνέχεται· οὔτε χρῄζει προσελθεῖν καὶ ἀπολυθῆναι. i. e. *neque is administraverit*, *neque confirmatus fuerit*, *non tenetur*, *nec necesse habet venire*, *et se excusare*.

75) Bey dem Gesuche um die Confirmation hätte nämlich der idoneus auf die Remotion des untüchtigen Vormundes antragen können, für den er jetzt haften muß. S. *Jac.* Cujacii Commentar. in libr. V. Responsor. Papiniani ad h. §. Curatores. (*Opp. postum.* Tom. I. pag. 198.)

76) Arg. *L.* 13. §. 3. *D. de vacat. et excusat. muner.*

d) Excusiren kann sich nach dem angegebenen Begriff eigentlich nur derjenige, der ohne Excusation die Vormundschaft übernehmen müßte[77]). Sie setzt also auf Seiten desjenigen, der sich derselben bedienen will, Fähigkeit zur Führung einer Vormundschaft voraus. Wer demnach zur Vormundschaftsverwaltung untüchtig ist, oder Wen sonst die Gesetze von Vormundschaften ausschließen, von dem kann man ohne Widerspruch nicht sagen, er excusire sich. Daher wird auch in dem §. 13. *I. h. t.* das excusari dem prohiberi entgegengestellt, wo Justinian sagt: Minores viginti quinque annis olim quidem *excusabantur*, a nostra autem constitutione *prohibentur* ad tutelam vel curam adspirare, *adeo ut nec excusatione opus sit.* Eben so unterscheidet Justinian in der *Nov. CXVIII. cap.* 5. welche schon oben bey einer andern Gelegenheit vorgekommen ist. Alle excusatio ist also eigentlich ihrer Natur nach voluntaria[78]). Gleichwohl lassen die Gesetze auch schon Unfähigkeit gewisser Personen zur Uebernahme einer Tutel oder Curatel, als excusatio gelten. So rescribiren die Kaiser Philippus und Cäsar Philippus an den Sabinus in der *L. un. C. Qui morbo se excusant.* (V. 67).

Luminibus captus, aut surdus, aut mutus, aut furiosus, aut perpetua valetudine tentus, *tutelae* seu *curae excusationem* habet.

Daß hier von einer absoluten Unfähigkeit die Rede

(L. 5.) L. 12. C. h. t. Voet Comment. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 11.

77) S. Donellus Commentar. Lib. III. cap. 9. §. 2.

78) S. Zachariä Institutionen des Röm. Rechts. h. t. S. 200. f.

sey, beweisen die damit zu verbindenden *L.* 1. §. 2. *et* 3. *D. de tut.* und *L.* 3. *C. Qui dare tutores vel curator. poss.* (V. 34.) So werden auch in den Institutionen §. 11. und §. 14. Todfeindschaft mit dem Vater des Pupillen und Soldatenstand als Gründe der Excusation angenommen, obgleich vom miles gesagt wird, *ut nec volens ad tutelae onus admittatur.* Daher handelte auch Modestin im ersten Buche seines griechisch geschriebenen Werks von Excusationen, wie er selbst sagt, *L.* 1. §. 3. *h. t.* von denen, *τίνας οὐ δεῖ χειροτονεῖσθαι*, d. h. die nicht Tutoren seyn sollen. Dieß beweisen auch die in dem §. 4. et 5. daraus angeführten Beyspiele, unter denen besonders das letzte merkwürdig ist: *Οὐκ ἔξεστιν κουρατορεύειν μνηστῆρα μνηστῆς, ὡς ἡ σύγκλητος λέγει· χειροτονηθεὶς δὲ ὁ τοιοῦτος ἀπολυθήσεται.* i. e. *Non licet sponso sponsae curatorem esse, ut Senatus censuit, creatus autem hic, removendus est* [79]. In den Vaticanischen

79) Cujacius in Comm. ad L. 1. h. t. glaubt zwar, es sey hier nicht von Verlobten, sondern von wirklich verheyratheten Personen die Rede. Allein das Verbot ist bey beyden das nämliche. §. 19. I. h. t. Auch in den *Fragm. Vatican.* §. 201. wird es als eine excusatio angeführt: *si quis uxori suae curator datur.* Nam sicuti Senatus censuit, ne quis eam ducat, cuius tutor vel curator fuit; *ita uxoris suae non debere curam administrare*, divus Severus Flavio Severiano rescripsit. Dieser §. löst nun alle Zweifel, welche *Ge. D'*Arnaud Variar. Conjecturar. iur. civ. Lib. II. Cap. 17. p. 324 sq. bey der Erklärung des angeführten §. 19. gefunden hat, und widerlegt zugleich die Conjectur, daß unter den *Iidem* rescripserunt, nicht die §. 18. genannten *Divi* Severus *et* Antoninus, sondern vielmehr die *divi Ve-*

Fragmenten §. 202. wird diese Unfähigkeit des Bräutigams zur Tutel über seine noch unmündige Braut ausdrücklich eine excusatio genennt. Es heißt daselbst: Proinde, si cui fuerit pupilla a patre desponsa, *non debebit ei tutor dari*, ne nuptiae impediantur, *et datus* EXCUSABITUR; et si sponsae suae curator fuerit datus, DEBEBIT EXCUSARI, nisi forte a patre tutor vel curator fuerit destinatus. Von einem *excusare se* DEBERE sprechen auch die Kaiser Gallienus und Valerianus in der *L.* 17. *Cod. h. t.* einem Rescripte an den Epagathus, folgenden Inhalts:

Licet orationis sub *divo* MARCO habitae verba deficiant: is tamen, qui post contractas nuptias nurui suae curator datur, *excusare se* DEBET, ne manifestam sententiam eius offendat, et labem pudoris contrahat.

In Gemäßheit dieser Stellen nehmen daher die Rechtsgelehrten auch eine excusatio *necessaria* an, welche diejenigen haben, die nicht Vormünder seyn sollen, und nicht seyn können, wenn sie auch wollten. Von diesen ist schon an einem andern Orte [80]) gehandelt worden. Ich bemerke hier nur noch, daß zwar auch von diesen zuweilen gesagt wird, *excusare se* POSSE, wie dieses z. B. §. 19. *J. h. t.* vom Ehemanne gesagt wird: maritum uxori suae curatorem datum *excusare se posse*, licet se immisceat; daß aber das *posse* hier soviel, als *debere* heiße, habe ich an dem angeführten Orte [81])

rus et Antoninus zu verstehen, und also diese mit jenen zu vertauschen wären. Man vergleiche auch den 29. Th. dieses Commentars §. 1301. S. 110. ff.

80) S. den 29. Th. §. 301. und 301. a.

81) S. den 29. Th. §. 301. S. 111.

bewiesen. Da die Bedeutung des Worts *excusare* für prohibere von den Gesetzen [82]) auch in andern Fällen

82) *L.* 1. §. 3. *D. de postulando* sagt z. B. Initium autem fecit Praetor ab his, qui in totum prohibentur postulare. In quo Edicto aut pueritiam aut casum *excusavit*. Aus dem ganzen Zusammenhange, und der nachfolgenden Erklärung erscheint deutlich, daß hier *excusavit* für prohibuit gebraucht worden. *Jac.* Cujacius Lib. XXVI. cap. 38. will zwar die Lesart für fehlerhaft halten, und das excusavit in *excuriavit* emendiren. Eben so *Pet.* Faber in Comment. ad L. 2. D. de Regg. iuris, welcher das excusavit mit *excepit* vertauscht. Allein daß das Gesetz keiner Emendation bedürfe, haben *Corn. van* Bynkershoek Observation. iuris Rom. Lib. IV. Cap. 11. *Ger.* Noodt Comment. ad Dig. Tit. de postulando §. *Postquam* (*Opp.* Tom. II. pag. 70.) *Ant.* Schulting in Enarrat. part. I. Pand. Lib. III. Tit. 1. §. 2. *Jo. Guil.* Marckart Probabil. receptar. Lection. iuris civ. P. I. pag. 84. sq. besonders *Math.* Roever in Specim. ad loca quaedam iuris civ. depravata. Cap. VII. (in *Ger.* Oelrichs *Thes. Dissert. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. pag. 160. sq.) klar bewiesen. Den Ausschlag geben ohne Zweifel die vom Röver zuerst hier benutzten *Commentarii Thalelaei*, *Theodori*, *Stephani*, *Cyrilli aliorumque ICtorum Graecorum in Titt. D. et C. de postulando*, *ex* interpretatione et cum notis *Dav.* Ruhnkenii (in *Thes. Meerman.* Tom. III. pag. 2.) wo die angeführte Stelle so übersetzt und interpretirt ist: Προοίμιον ὁ πραίτωρ ἐποιήσατο ἀπὸ τῶν μὴ δυναμένων καθόλου δικολογεῖν. Καὶ ἐν τούτῳ τῷ ἐδίκτῳ, ἤτοι ἐν τῇ πρώτῃ τάξει, καθ' ἣν κωλύει τινὰς πάντῃ συνηγορεῖν, ἢ τὴν παιδιώδη ἡλικίαν, ἢ τὴν συμφορὰν παρῃτήσατο· τουτέστιν, ἐκώλυσέ τινας καθόλου συνηγορεῖν, ἢ διὰ τὴν μειρακιώδη ἡλικίαν, ἢ διὰ τὴν συμφοράν. Das hier gebrauchte griechische Wort παρῃτήσατο bedeutet nichts anders,

gebraucht wird; so streitet die Benennung von excusatio necessaria auch nicht gegen den Sprachgebrauch, und die Eintheilung der Excusationen in die freywilligen und nothwendigen läßt sich allerdings rechtfertigen, man muß nur dann nicht an das römische Wort *excusatio* unser Deutsches Entschuldigung knüpfen, sondern das Wort *excusatio* beybehalten [83]). In Beziehung auf jene Eintheilung würde also im allgemeinen Sinn ein solcher gesetzlicher Grund, weswegen Jemand entweder nicht Vormund seyn darf, wenn er auch gleich wollte, oder nicht Vormund seyn muß, wenn er nicht will, den umfassenderen Begriff von *excusatio* bilden. Ein Grund der ersten Art ist es demnach, den man *excusatio necessaria* nennt, so wie ein Grund der letztern Art *excusatio voluntaria* genennet wird. Hier ist nun blos von den sogenannten freywilligen oder eigentlichen Excusationen die Rede. Diese sind von verschiedener Art; einige haben ihren Grund in einem Privilegium, andere in zu großer Mühseligkeit und Beschwerde. Einige befreyen blos von angetragener, andere sowohl von angetragener, als bereits übernommener Vormundschaft. Ueberall wird jedoch

als das lateinische excusavit, wie Ruhnken auch bemerkt hat, und die beygefügte Erklärung: *id est*, *quosdam in totum advocationem praestare* PROHIBUIT, *vel propter aetatem puerilem*, *vel propter casum*, wie Ruhnken übersetzt hat, beweist deutlich, daß hier *excusare* nichts anders sey, als prohibere. In dieser Bedeutung wird dieses Wort auch vom Callistratus *L.* 11. *D. de Decurionib.* (L. 2.) gebraucht.

83) S. Konopak's Institutionen des Röm. Privatrechts. §. 164. (der 2. verb. Ausg. Jena 1824.)

e) vorausgesetzt, daß die angegebene Excusation vollständig, und so wie das Gesetz sie bestimmt, vorhanden sey. Sind zwar mehrere Excusationen vorhanden, aber keine ist in ihrer Art vollständig, so helfen sie auch in ihrer Verbindung nichts. So belehrt uns Modestin *Lib. VI. Excusationum*, wenn er in der daraus entnommenen *L.* 15. §. 11. *D. h. t.* sagt:

Ὁ πολλὰ δίκαια ἔχων εἰπεῖν, ὧν ἕκαστον καθ' ἑαυτὸ οὐκ ἔστιν ἰσχυρὸν, εἰ δυνήσεται ἀφεθῆναι, ἐζητήθη. οἷον ἑβδομήκοντα μὲν ἐτῶν οὐκ ἔστιν, οὐδὲ τρεῖς ἔχει ἐπιτροπὰς, οὐδὲ πέντε τέκνα, ἤ ἄλλο τι δίκαιον ἀφέσεως· ἔχει μέντοι δύο ἐπιτροπὰς, καὶ δύο παῖδας, καὶ ἑξήκοντά ἐστιν ἐτῶν, ἢ ἄλλα τινὰ τοιαῦτα λέγει, καθ' ἑαυτα μὲν ἐντελῆ τὴν βοήθειαν μὴ παρέχοντα, τῇ δὲ πρὸς ἄλληλα κοινωνίᾳ ὄντα δικαιοφανῆ· ἀλλ' ἔδοξεν, τοῦτον μὴ ἀφίεσθαι. d. h. nach Augustins Uebersetzung: *Is qui plures causas excusationis allegare potest, quarum per se unaquaeque valida non est, quaesitum est, an possit excusari? ut si neque septuaginta annorum est, neque tres tutelas, neque quinque liberos, neque alia ratione se excusare potest: attamen tutelas duas habet, liberos duos, annos sexaginta natus est, aut eiusmodi alias causas se habere dicit, quae per se quidem perfectum auxilium non ferunt, tamen si inter se conjungantur, non iniustae esse videantur: sed tamen placuit non excusari.*

Eben dieses bestätiget auch eine Constitution der Kaiser Severus und Antoninus, nämlich die *L. un. Cod. Qui numero tutelarum se excusant.* (V. 69.) —

Sed imperfectae diversae species vacationis, *licet permixtae*, ad excusationem non proficiunt.

§. 1355.

I. Excusationen, die in einem Privilegium ihren Grund haben. 1) Numerus liberorum.

Auf einem besondern Privilegium beruhen folgende Excusationen.

1) Eine bestimmte Zahl von Kindern. Das Röm. Recht bestimmt sie nach Verschiedenheit des Wohnorts. Wer nämlich wohnhaft in Rom drey, in Italien vier, und in den Provinzen fünf eheliche, wenn auch nicht gerade in Röm. Ehe erzeugte, aber doch bereits geborne Kinder, am Leben, oder im Kampfe für das Vaterland, als welche noch als lebend zu betrachten, verloren hatte, konnte sich, jedoch nur von angetragener Vormundschaft entschuldigen, die Kinder mochten noch in väterlicher Gewalt, oder aus derselben entlassen seyn. Das Hauptgesetz ist hier die Constitution der Kaiser Severus und Antoninus, welche in dem Just. Codex *L.* 1. *Qui numero liberorum se excusant* (V. 66.) folgendermassen an Herodian rescribirt haben:

Qui ad tutelam vel curam vocantur, *Romae*[84]) quidem trium *liberorum incolumium* numero, de

84) Der Name *Roma* bezeichnete hier nicht blos die Stadt in ihren Ringmauern, sondern begriff auch die ausser der Stadt angebauete Umgebung bis auf den hundertsten Meilenstein in sich. *L.* 45. §. 3. *D. h. t.* *L.* 2. *pr.* *L.* 87. *D. de Verb. Signif. et L.* 2. *Cod. Theod. de integri restitutione.* (II. 16.) S. Heineccii Comment. ad Leg. Juliam et Pap. Poppaeam. Lib. II. cap. 8. §. 1. pag. 208. sq.

quorum etiam statu non ambigitur: *in Italia* [85]) vero quatuor, *in provinciis* [86]) autem quinque, habent excusationem.

Eben diese Constitution wird auch in den Vatikanischen Fragmenten §. 191. angeführt. Hier heißt es:

Item. Numerus quoque liberorum a tutela excusationem tribuit: civibus quidem Romanis earum tutelarum, quae *Romae* sunt iniunctae, trium filiorum: earum vero, quae *in municipiis Italicis* iniunguntur, quatuor numero liberorum: idque *Imperator noster* et *divus* Severus *Claudio Herodiano* rescripserunt. Et ideo, si quis *a magistratibus municipalibus* [87]) fuerit datus, quatuor numero liberorum debebit excusari.

Ob die Constitution des Kaisers Severus, welche Modestinus *libro II. Excusationum* in der daraus entnommenen *L.* 2. §. 4. *h. t.* von der multitudo liberorum anführt, die nämliche sey, möchte darum zu bezweifeln seyn, weil sie, wie er selbst sagt, blos von testa-

85) Italien umfaßte, mit Ausschluß des bezeichneten römischen Gebiets, den Strich Landes, der von den Alpen bis nach Sicilien sich erstreckte. S. Heineccius loc. cit. §. 2. pag. 210.

86) In den Provinzen gab es zwar einzelne Städte, welchen durch besondere Begünstigung des Jus Italicum ertheilt war; allein dieses Recht hatte auf den persönlichen Zustand der Bürger, und die persönlichen munera derselben keinen Einfluß. S. von Savigny Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter. 1. B. Kap. 2. S. 51. ff.

87) Id est, si cui a magistratibus *in municipio Italico* tutela delata est. S. *de* Buchholtz Fragm. Vaticana, in Comment. ad § 191. pag 149.

mentarischen Vormündern spricht, ob sie gleich auf andere Vormünder ebenfalls anwendbar ist. Soviel ist nun aber durch die Vatikanischen Fragmente entschieden, daß vor jener Constitution der Kaiser Severus und Antoninus Caracalla, bey der Excusation wegen Kindern der bemerkte Unterschied in Ansehung des Wohnorts noch nicht Statt gefunden habe; denn nach einer in den gedachten Fragmenten §. 247. aus des Paulus *libro I. editionis secundae de iurisdictione tutelari* angeführten Stelle sollen drey Kinder in ganz Italien excusirt haben, und dieß sey durch mehrere Constitutionen sowohl der *divorum Fratrum*, des Marcus und Lucius Verus, als der gedachten Kaiser, unter denen Paulus lebte, verordnet worden. Erst die Kaiser Severus und Antoninus hätten einen Unterschied in Ansehung des Wohnorts gemacht. Diese merkwürdige Stelle lautet so:

Paulus *libro I. editionis secundae de iurisdictione tutelari.* Qui tres pluresve liberos habent superstites, excusari solent, idque compluribus constitutionibus cavetur, tam *divi* Marci et Lucii, quibus *Pontium Marcellum* trium liberorum patrem liberaverunt, litteris ad eum emissis, quam *dominorum nostrorum.* Sed hic numerus *in Italia* cives romanos liberabat: nunc ex constitutione principum nostrorum nec in Italia, sed *Romae* tantum, exemplo municipalium munerum. Nam *Claudio Herodiano* ita scripserunt: *Sicut in Italia cives Romani consistentes* NUMERO QUATUOR LIBERORUM *incolumium a civilibus* muneribus excusantur[88]).

88) Diese beyden letzten Worte sind vom H. von Buchholtz in seiner Ausgabe pag. 187. ergänzt worden.

Es ist merkwürdig, daß so wenig hier, als in der oben aus den Vatikanischen Fragmenten angeführten Stelle §. 191. wo auch der Constitution der Kaiser Severus und Antoninus an Claudius Herodianus Meldung geschahe, der Einwohner in den Provinzen gedacht wird. Da nun dennoch die *L. 1. C. Qui numero liberor. se excusant* (V. 66.) ohne Zweifel dieselbe Constitution ist, so ist Wencks [89]) Muthmaßung nicht unwahrscheinlich, daß die darin enthaltene Sanction wegen der Provinzen erst aus einer spätern Constitution ergänzt worden sey. Daher wird auch von dem Verfasser der Fragmente in einem besondern Absatz §. 192. der Provinzen gedacht, wenn es daselbst heißt:

Item. Sed et si *in provincia* delata fuerit tutela, licet Romae excusatio allegetur, *a quinque liberis* debet recipi.

Soviel geht nun aber aus den angeführten Stellen hervor, daß die bisherige Meinung, als sey die Befreyung propter numerum liberorum durch die Lex Julia et Papia Poppaea eingeführt worden, durch das, was in den bemerkten Fragmenten zum Vorschein gekommen, sehr geschwächt werde [90]). Wäre diese Excusation durch einen Volksschluß eingeführt worden, wozu waren in einzelnen Fällen noch Rescripte nöthig? Nur eine Stelle ist es noch, welche die frühere Vermuthung zu begünstigen scheint, nämlich der §. 168. welcher so lautet:

89) Leipz. Litt. Zeitung vom J. 1824. S. 1388.

90) Vielleicht könnte man auch mit Schrader in der Tübinger krit. Zeitschrift für Rechtswissenschaft 1. B. S. 181. sagen, „jene frühere Vermuthung sey nun gänzlich beseitiget.“

Item. Quidam tamen *iustos* secundum has leges putant dici. *Divi* quoque Marcus *et* Lucius [91]) *Apronio Saturnino* ita rescripserunt: *Si instrumentis probas habere te iustos tres liberos, excusationem tuam* Manilius Carbo *Praetor u. c. accipiet.* Sed iustorum mentio ita accipienda est, uti secundum ius civile quaesiti sint.

Der Augenschein lehrt, daß zwischen diesem und dem vorhergehenden §. 167. zwischen denen gar kein Zusammenhang ist, Mehreres gestanden haben müsse, worauf sich das bezieht, was in dem §. 168. enthalten ist. Da nicht bemerkt ist, daß das Fragment hier lückenhaft gewesen sey, so war das Fehlende vielleicht auf den Rand des Manuscripts geschrieben, wo es beym Gebrauche zum rescribiren, wie Mehrers andere, weggeschnitten worden ist. Soviel sieht man aus dem Fragment, es muß über die Erklärung von *iusti liberi* bey der Excusation, von welcher daselbst die Rede ist, ein Zweifel entstanden seyn. Da die *Lex Julia et Papia Poppaea* von den Röm. Juristen häufig unter dem Namen Leges schlechthin angeführt werden [92]); so meint man nicht ohne Grund, die Controvers sey durch die genannten Gesetze veranlaßt wor-

91) Es ist merkwürdig, daß hier die Divi Fratres wieder, wie in dem obigen Fragment, *Divi Marcus et Lucius* genennt werden. In den Pandecten werden sie nur einmal so genennt. *L.* 57. §. 1. *D. de ritu nuptiar.* Gewöhnlich werden sie unter den Namen *Marcus et Verus*, am häufigsten aber als Divi Fratres angeführt. S. Brissonius de Verb. iur. Signif. voc. *Divus.*

92) S. Heineccius ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. I. Cap. I. §. 4. pag. 14.

den. Herr von Buchholz [93]) sucht daher die hier erscheinende Lücke auf folgende Art auszufüllen.

Ut aliquis numero trium iustorum liberorum a tutela excusetur, lege *Julia* et *Papia* cavetur. Qui vero sint iusti, dubitatur. Quidam putant, iustos dici liberos, qui *secundum has leges* (legem *Juliam* et *Papiam*) i. e. ex matrimonio *his legibus* non vetito progeniti sunt [94]) etc.

Er setzt also voraus, daß hier von der Lex Julia et Papia Poppaea die Rede gewesen, und durch dieselbe diese Excusation eingeführt worden sey. Dieser Meinung stimmen auch noch jetzt mehrere unserer angesehensten Rechtsgelehrten [95]) bey, und es ist nicht zu läugnen, daß die angeführten Leges mancherley Belohnungen für die eheliche Fruchtbarkeit bestimmt hatten. Daher nennt auch Paulus [96]) diese Excusation ein praemium, quod patri propter numerum liberorum competit. Daß nun aber in dem §. 168. der Vatikan. Fragmente von einer excusatio, welche tres liberi iusti gewähren sollen, die Rede sey, leidet keinen Zweifel. Dennoch scheint

93) Fragm. Vatic. ad §. 168. pag. 141.

94) Daher werden in der *Mosaicar. et Romanarum Legg. Collat.* Tit. XVI. §. 3. liberi *secundum legem Juliam Papiamve* quaesiti genennt. S. Schulting Jurispr. vet. Antejust. pag. 795. ibique Pithoeus not. 29. und von Savigny in der Zeitschr. für geschichtliche Rechtswissenschaft. B. V. S. 272.

95) S. Zimmern Gesch. des Röm. Priv. Rechts. 1. B. 2. Abth. §. 241. S. 906. und Schweppe Röm. Rechtsgesch. und Rechtsalterthümer. §. 430.

96) *L.* 36. §. 1. *D. h. t.*

mir der Beweis, der von den Worten *secundum has leges* hergenommen wird, die Vermuthung, es sey in dem, was hier fehlt, und dem Anfange des angeführten Paragraphen zu Folge: *Quidam* TAMEN u. s. w. vorausgegangen seyn muß, von der Lex Julia et Papia die Rede gewesen, nicht hinlänglich zu begründen. Denn es wäre doch auffallend, daß kein einziger Röm. Jurist bey dem numerus liberorum der lex Julia oder Papia gedacht hat. Justinian selbst sagt in seinen Institutionen *princ. h. tit.* nur, es sey diese excusatio *exemplo ceterorum munerum* eingeführt worden. Sollte er hier nicht, oder wenigstens sein Paraphrast Theophilus der Lex Papia gedacht haben? Gesetzt, es ließe sich beweisen, was der treffliche Heineccius [97]) behauptet, das ganze neunte Kapitel der Lex Julia de maritandis ordinibus habe von der immunitate omnium munerum personalium ob numerum liberorum gehandelt, wofür aber doch die beygebrachten Beweise sehr schwach sind; so würde dieses doch wohl nicht auf die Tutel gegangen seyn, weil der Gesichtspunkt, die Vormundschaft sey ein munus publicum, gewiß zu der Zeit noch nicht herrschend war [98]). Die excusatio a tutela ob numerum liberorum wäre also doch erst späterhin, so wie jener Gesichtspunkt erst nach und nach den ältern, nach welchem man die Tutel blos als ein Recht des Vormundes betrachtete, überwog, exemplo ceterorum munerum aufgekommen. Daher sprechen auch Ulpian und Paulus in den oben angeführten Stellen der Vatikanischen Fragmente,

97) Comm. ad Leg. Jul. et Pap. Poppaeam. Lib. II. cap. 8. §. 1. pag. 207. sqq.

98) Man sehe §. 1354. S. 161.

wo sie dieser Excusation mit Fleiß gedenken, immer nur von kaiserlichen Constitutionen. Ueberdem bleibt es räthselhaft, worauf die Controvers, welche in dem §. 168. über die Bedeutung von iusti liberi referirt wird, eigentlich gegangen sey, denn Ulpian führt es ja §. 194. der Vatikanischen Fragmente als einen bey der excusatio a tutela ganz bekannten und unbestrittenen Satz an, *iusti, an iniusti sint filii, non requiritur*. Hierzu kommt, daß §. 197. bey der Frage: An bello amissi a tutela excusare debeant? welche Anfangs, wie auch aus *pr. J. h. t.* erscheint, zweifelhaft gewesen seyn muß, die lex Julia de maritandis ordinibus ausdrücklich erwähnt wird. Es wird aber nur das caput *de fascibus sumendis* [99]) angeführt, um daraus zu beweisen, daß liberi bello amissi pro *superstitibus* zu halten. Noch ein anderer Beweis wird a *iudicandi munere* hergenommen. Das *munus iudicandi* war nun wirklich ein munus publicum, wie Ulpian in der *L.* 13. *D. de vacat. et excusat. munerum* (L. 5.) ausser Zweifel setzt. Daß bey demselben der numerus liberorum excusire, wird aber hier nicht auch aus der Lex Julia de maritandis ordinibus, sondern aus der *Lex Julia publicorum item privatorum iudiciorum* [100]) hergeleitet, und auch nach diesen Gesetzen soll

99) Dem Gellius *Noctium Attic.* Lib. II. cap. 15. verdanken wir die Nachricht, daß in dem Cap. VII. Legis Juliae verordnet worden, die fasces, die vorher beyden Consuln vorgetragen worden, sollte nur derjenige von den Consuln vorzugsweise führen, welcher mehr Kinder, als sein College, in seiner Gewalt, oder im Kriege verloren hätte. S. Heineccii Comm. ad Leg. Juliam et Pap. Popp. Lib. II. Cap. 7. pag. 194—198.

100) Daß dieses zwey verschiedene leges Juliae iudiciariae

der filius in bello amissus zur Excusation helfen. Beyde leges *Juliae iudiciariae* haben so gut den Kaiser Augustus zum Urheber, als die Lex Julia de maritandis ordinibus [1]). Alles dieses macht es höchst zweifelhaft, daß die Lex Papia die Excusation ob numerum liberorum bey den muneribus publicis eingeführt haben könne. Daß nun diese Excusation zu denen zu rechnen sey, welche in einem Privilegium ihren Grund haben, geht daraus hervor, weil sie ein beneficium liberorum [2]) genennt wird. Anton Faber [3]) sucht jedoch alles, was davon gilt, darauf zu reduciren, die Gesetze hätten diejenigen, welche schon Kinder haben, nicht über Vermögen belästigen wollen. Die Kinder müssen aber leibliche Kinder seyn. Adoptivkinder nützen nichts. In dem §. 196. der Vatikanischen Fragmente heißt es ausdrücklich:

In adoptionem dedisse non nocet; *nec* ADOPTASSE *ad excusationem proderit*, quoniam *soli naturales* tribuunt excusationem.

gewesen, erhellet daraus, weil von jeder das Kapitel angeführt wird. S. Schrader in der Tübing. Zeitschrift. 1. B. S. 173. Bethmann—Hollweg in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft. 5. B. S. 384. f. Not. 52 und 54. und *de* BUCHHOLTZ Fragm. Vatican. ad §. 197. pag. 153.

1) S. *Aug. Guil.* HEFFTER GAJI ICti Institution. Commentar. IV. s. de Actionibus (*Berolini* 1827. 4.) Cap. VIII. pag. 24. sqq.

2) *L. 1. §. 2. D. Quae sentent. sine appell. rescind.* (XLIX. 8)

3) Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XXIV. Princ. I. Illat. 2. pag. 1092. sqq.

Eben so sagt Ulpian *libro III. Opinionum.* Adoptivi *filii* in numerum non proficiunt eorum liberorum, qui excusare parentes solent.

Man will zwar behaupten, daß anfangs auch Adoptiv-Kinder excusirt hätten, bis dieses durch ein unter dem Kaiser Nero gemachtes Senatusconsultum wäre verboten worden [4]). Allein dieses Senatusconsultum gieng nicht auf Abänderung eines Gesetzes, sondern auf Abstellung eines Mißbrauchs, den Tacitus [5]) einen pravissimus mos nennt, vermöge welchen man den Mangel an leiblichen Kindern in solchen Fällen, wo die Gesetze das Kinderhaben voraussetzten, durch Adoption zu ersetzen, und hierdurch sich von bürgerlichen Lasten loszumachen, und Ehrenämter und Erbschaften zu erschleichen suchte. Die Kinder, welche excusiren sollen, müssen ferner eheliche Kinder seyn, d. h. solche Kinder, die in einer gültigen Ehe erzeugt worden sind, sie sey nun nach römischen Begriffen entweder ein matrimonium iustum, d. h. eine Ehe, die nach dem Civilrecht gültig ist, oder iniustum s. non legitimum, in sofern hierdurch eine Ehe bezeichnet wird, die blos nach dem ius gentium bestehen kann [6]); wenn sie nur

4) Man sehe Heineccius ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. cap. 8. §. 4. pag. 211.

5) *Annal. Lib. XV. Cap.* 19 Percrebuerat ea tempestate *pravissimus mos*, cum propinquis comitiis, aut sorte provinciarum, plerique orbi fictis adoptionibus adsciscerent filios, praeturasque et provincias inter patres sortiti, statim emitterent manu, quos adoptaverant. — Factum ex eo Senatusconsultum, *ne simulata adoptio in ulla parte muneris publici iuvaret*, ac *ne usurpandis quidem hereditatibus prodesset.*

6) S. Hasse Güterrecht der Ehegatten. 1. B. §. 15. S. 44. ff. Chr. Burchardi Grundzüge des Rechtssystems der

liberorum quaerendorum causa geschlossen worden, und also kein Concubinat ist [7]). Denn auch bey dem matrimonio iuris gentium gilt die Regel: *pater est, quem nuptiae demonstrant.* [8]). Daher sagt Ulpian in den Vatikanischen Fragmenten §. 194. *Justi* [9]) autem, *an iniusti* [10]) *sint filii*, non requiritur: multo minus, in potestate nec ne sint; cum etiam iudicandi onere *iniustos filios* relevare Papinianus *libro V. Quaestionum* scribat; und Modestinus *L.* 2. §. 3. *D. h. t.* erfordert blos *νομίμους παῖδας*, *legitimos liberos.* Daß sie noch in väterlicher Gewalt seyn müssen, ist nicht nöthig. Justinian sagt *Pr. I. h. t.* sive in potestate sint, sive *emancipati.* Daher werden auch die in Adoption gegebenen Kinder dem leiblichen Vater zu gute gerechnet. Justinian sagt dieses gleich nachher: Sed adoptivi liberi non prosunt: *in adoptionem autem dati, naturali patri prosunt.* Auch Modestin a. a. O. lehrt, es sey genug, wenn es legitime Kinder sind, *κἂν μὴ ὦσιν ἐν ἐξουσίᾳ*, i. e. *etsi non sint in potestate.* Aber noch am Leben (super-

Römer. §. 9. S. 55 ff. und Zimmern Gesch. des Röm. Priv. Rechts. 1. B. 2. Abth. §. 137.

7) S. von Savigny in der Zeitschrift 5. B. S. 271. ff.

8) S. Burchardi angeführte Grundzüge a. a. O. Note 19. S. 55 f. und Zimmern a. a. O. S. 501.

9) *Justi* i. e. ex matrimonio iusto seu iuris civilis procreati. *L.* 12. *D. de statu hom.* Gajus *Inst. Comment. I.* §. 76.

10) *Iniusti*, i. e. qui ex matrimonio valido quidem, nec reprobato, sed *iuris gentium* progeniti sunt. S. *de* Buchholtz Fragm. Vatic. ad §. 194. pag. 150.

stites [11]), incolumes [12])) müssen die Kinder, und zwar zu der Zeit seyn, da dem Vater die Vormundschaft angetragen wird. Die vorher gestorben sind, helfen dem Vater nichts, es schadet aber auch dem Vater nicht, wenn die Kinder erst nachher gestorben sind, nachdem wegen dieser Excusation schon ein anderer Vormund ernannt war, weil dieser nun nicht aufhören kann Vormund zu seyn [13]). Modestin bestimmt dieses alles sehr genau, mit Beziehung auf eine Constitution des Kaisers Severus, wenn er *libro II. Excusationum*, woraus die *L.* 2. §. 4. *D. h. t.* genommen ist, sich darüber folgendermassen äussert:

Δεῖ δὲ εἶναι τοὺς παῖδας, ὅτε οἱ πατέρες δίδονται ἐπίτροποι· οἱ γὰρ πρὶν τελευτήσαντες οὐ συναριθμοῦνται· οὔτε πάλιν βλάπτουσιν οἱ μετὰ τοῦτο ἀποθανόντες· καὶ ταῦτά φησι διάταξις τοῦ θειοτάτου Σεβήρου, d. h. nach der Version des Augustinus: *Oportet autem liberos tum vivere, cum patres eorum tutores dantur. Nam qui antea mortui sunt, non numerantur inter liberos, neque etiam nocent, qui postea moriuntur, quod Divi* Severi *constitutione cavetur.*

Wären jedoch von den Kindern, welche zur Excusation gereichten, bald nachher welche gestorben, ehe noch

11) *Pr. I. h. t.*

12) *L.* 36. §. 1. *D. h. t. L.* 3. §. 6. *L.* 4. *pr. D. de munerib. et honor.* (L. 4.) *L.* 1. *pr. et* §. 3. *L.* 2. §. 5. *D. de vacat. et excusat. mun.* (L. 5.) *L.* 1. *C. Qui num. liberor. se excus.* (V. 66.)

13) S. *Ant.* Fabri Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XXIV. Princ. I. Ill. 2. pag. 1094. sq.

ein anderer Vormund bestellt worden, oder wäre der ernannte Vormund gestorben, oder die Vormundschaft sonst geendiget worden; so würden die Kinder, wegen welcher sich vorhin der Vormund entschuldiget hatte, keine Excusation mehr gewähren, weil der Vormund jetzt keine gerechte Ursach mehr hat, die Vormundschaft abzulehnen. Es giebt also Fälle, wo diese Excusation nur temporell ist [14]). Noch sind folgende Stellen aus ULPIANI *libro III. Opinionum* merkwürdig.

L. 2. §. 3. *D. de vacat. et excusat. muner.* (L. 5.) Qui ad munera vocantur, vivorum se liberorum numerum habere tempore, quo propter eos excusari desiderant, probare debent: numerus enim liberorum postea impletus susceptis antea muneribus non liberat.

Daß die Zahl der lebenden Kinder, die nicht gleich anfangs, zur Zeit der angetragenen Tutel, vorhanden war, sondern erst nachher vollständig geworden ist, dem Vater zur Excusation nichts hilft, bestärkt Modestin *L.* 2. §. 8. *D. h. t.* noch besonders durch eine Constitution der Kaiser Severus und Antoninus.

L. 2. *cit.* §. 5. Incolumes liberi, *etiam si in potestate patris sui desierint esse*, excusationem a muneribus civilibus praestant.

Den noch lebenden Kindern werden diejenigen gleichgeachtet, welche ihr Leben im Kriege und Kampfe für das Vaterland verloren haben. Es scheint dieses anfangs zweifelhaft gewesen zu seyn. Justinian sagt *Pr. I. h. t.*

Sed si *in bello amissi* sunt, *quaesitum est*, an prosint? Et constat, eos solos prodesse, *qui*

14) S. *Ant.* FABER cit. loc. pag. 1095.

in acie amittuntur. Hi enim, *qui pro Republica ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur.*

Man sieht dieses noch deutlicher aus einer Stelle Ulpians, welche §. 197. der Vatikanischen Fragmente aus desselben *libro de officio praetoris tutelaris* excerpirt ist.

Item. An *bello amissi* a tutela excusare debeant? Nam et in fascibus sumendis et in iudicandi munere *pro superstitibus* habentur, ut *lege Julia* de maritandis ordinibus, de fascibus sumendis [15]), et *publicorum* capite vicensimo sexto, item *privatorum* [16]) capite vicensimo septimo de iudicando cavetur. *Et puto constituendum* [17]), *ut et a tutela excusent.* Proinde, sive tres bello amiserit, sive unum duosve, *pro superstitibus* cedent [18]).

15) Man vergl. hier, was oben Not. 99. S. 203. davon gesagt worden ist.

16) Hier ist das Wort *iudiciorum* zu ergänzen. Diese Ellipsis ist bey Anführung der leges Juliae iudiciorum in den Pandecten nicht ungewöhnlich. Man vergleiche die *L.* 1. §. 2. *D. de vi et vi armata* (XLIII. 16.) *L.* 3. §. 1. *D. de praevaricat.* (XLVII. 15.) *L.* 3. *pr. D. de accusat.* (XLVIII. 2.) *L.* 32. *D. de poenis.* (XLVIII. 19.) Noch mehrere Stellen führt *de* Buchholtz in Frag. Vatican. ad §. 197. pag. 153. an.

17) Daß das Wort *constituere* in der Bedeutung, wie es hier vorkommt, nicht blos von kaiserlichen Verordnungen, sondern auch öfters von den Aussprüchen der Rechtsgelehrten gebraucht wird, beweisen noch folgende Gesetzstellen. *L.* 51. §. 2. *D. ad Leg. Aquil.* *L.* 3. §. 4. *D. D. de tutelis.* *L.* 91. §. 3. 4. *et* 6. *D. de Verb. Oblig.*

18) Id est, *in numerum superstitum cedent*, d. h. sie wer-

Diese Stelle lehrt uns, daß der Satz, die im Kriege gebliebenen Kinder seyen als noch lebend zu betrachten, nicht auf einer besondern Constitution beruhe, sondern auf einer bloßen Analogie, welche aus der *lex Julia* de maritandis ordinibus von den facibus sumendis, und aus den *legibus Juliis iudiciariis* von dem munere iudicandi hergenommen wird. Es war aber auch unter den Röm. Rechtsgelehrten streitig, wie das *in bello amissi* zu verstehen sey? Ausser der oben aus den Institutionen *pr. h. t.* angeführten Stelle, beweißt dieses noch vorzüglich der §. 199. der Vatikanischen Fragmente, wo folgende merkwürdige Stelle aus der angeführten Schrift des Ulpians vorkommt:

Utrum *in acie* duntaxat amissus, an *tempore belli* amissus prosit? Sed ARISTO *in acie amissum* duntaxat: ego puto, *per tempus belli amissum debere prodesse*, ne publica strages patri noceat.

Ulpian führt hier zuerst die Meinung des Aristo an, welcher erforderte, daß der Sohn in acie, also in der Schlacht, im Kampfe für das Vaterland sein Leben müsse verloren haben. Ulpian stimmte nun zwar dieser Meinung nicht bey, sondern hält es für hinreichend, wenn der Vater während des Krieges (per tempus belli)

den in die Zahl noch lebender Kinder mit eingerechnet. Der Ausdruck *in numerum cedere*, für imputari, in numero contineri, kommt öfters vor. S. §. 189. *Fr. Vatican. L.* 6. *§. ult. D. ad Leg. Jul. de adulter.* Auch das *cedere* schlechtweg wird zuweilen für numerari gebraucht. Z. B. annus cedit. *L.* 6. *D. de calumniator. L.* 15. *§.* 4. *D. Quod vi aut clam.* S. BRISSONIUS voc. *Cedere*.

Kinder verloren hat. Man sieht aber doch aus dem beygefügten Grunde: *ne publica strages patri noceat*, daß der Krieg wenigstens die Veranlassung zum Verlust der Kinder gegeben haben müsse, und nun rechtfertiget sich diese Meinung auch vollkommen aus dem Grunde der Billigkeit, damit der Bürger das Ungemach des Kriegs nicht zweyfach drückend, durch Niederlagen und Verlust der Kinder, empfinden möge. Gleichwohl scheinen die Verfasser der Institutionen und Pandecten der Meinung des Aristo gefolgt zu seyn. Ausser der bereits aus den Institutionen angeführten Stelle, beweißt dieses die *L.* 18 *D. h. t.* wo es heißt:

Bello amissi ad tutelae excusationem prosunt. Quaesitum est autem, qui sint isti? utrum hi, qui in acie sunt interemti, an vero omnes omnino, qui per causam belli parentibus sunt abrepti, in obsidione forte? Melius igitur probabitur, eos solos, *qui in acie amittuntur*, prodesse debere, cuiuscunque sexus vel aetatis sint: *hi enim pro republica ceciderunt*.

Zu Folge der Ueberschrift ist dieses Fragment aus Ulpiani *libro XX ad Legem Juliam et Papiam* genommen. Daß aber die dem Ulpian zugeeignete Meinung ihm keineswegs angehöre, erscheint aus dem §. 199. der Vaticanischen Fragmente ganz klar. Es ist also dieses Fragment höchst wahrscheinlich interpolirt, wie sich noch mehr daraus ergiebt, weil Ulpian an einem andern Orte, nämlich *L.* 1. §. 2. *D. de incendio, ruina, naufragio* (XLVII. 9.), seiner Meinung getreu, sagt: Solemus dicere *in bello amissum*, quod *propter causam belli* amittitur [19]. Von einem sol-

19) S. *de* Buchholtz Fragm. Vatic. ad §. 199. pag. 154.

chem Sohne, der vor dem Feinde im Treffen geblieben ist, muß nun also auch wohl Modestin verstanden werden, wenn er *L. ult. D. de vacat. et excus. muner.* welche aus Desselben *libro VII. Regularum* genommen ist, sagt: Ad excusationem munerum defunctus filius non prodest, *praeterquam in bello amissus*, wenn gleich das Gesetz ganz allgemein spricht [20]). Denn auf diesen Fall paßt nur allein der Grund, daß solche Söhne, welche im Kampfe für das Vaterland gefallen sind, zum Ruhm ihrer Heldenthaten für unsterblich gehalten werden [21]). Allein wie kann nun das Gesetz sagen, *cuiuscunque sexus vel aetatis sint?* Können denn auch Frauenspersonen, und Unmündige Soldaten seyn? Wie können sie also vor dem Feinde bleiben? Es kann wohl nichts ungereimteres gedacht werden, als dieses, sagt hier Franz Hotoman [22])? Eben so dachte auch schon längst vor ihm der griechische Scholiast Calocyrus Proconsul. Dieser sagt [23]): Τὸ *εἰπεῖν ὡς καὶ γυναῖκες στρατεύονται ἐπιεικῶς ἄτοπον. οὐχ ἧττον δὲ καὶ περὶ ἀνήβων τοῦτο εἰπεῖν.* i. e. *Non minus absurdum est dicere impuberes militare, quam feminas.* Er sucht nun zwar die Ungereimtheit dadurch zu beseitigen, daß er sich den Fall als möglich vorstellt,

20) S. *Ant.* Fabri Jurispr. Papin. c l. pag. 1095.

21) Theophilus in Paraphr. graec. ad Princ. h. t. pag. 189. (edit. *Reitz.*) sagt: *δοκοῦσι διὰ τῶν ἔργων εὐκλείας ἀεὶ περιεῖναι.* i. e. *videntur per rerum gestarum gloriam semper superesse.* Man sehe hier Hubberi Digress. Justin. P. I. Lib. III. cap. 20. §. 4. pag. 235.

22) Observation. Lib. VII. cap. 7.

23) *Basilic. Lib. XXXVIII. Tit. 1. Schol. i. ad Const.* 18. Tom. V. *Fabroti* pag. 37. in fin.

eine Stadt werde plötzlich vom Feinde überfallen, und alles, was in der Stadt ist, Männer und Weiber, Knaben und Mädchen, greifen zu den Waffen, und rüsten sich zur Gegenwehr und Vertheidigung der Stadt. Haben nun Kinder in diesem Kampfe ihr Leben verloren, so nützten sie dem Vater zur Excusation, sie seyen wes Alters und Geschlechts sie wollen. Allein diese Erklärung des griechischen Interpreten hat bey den Neuern nicht überall Beyfall finden wollen. Man schritte daher zur Emendation, und glaubte, durch eine Versetzung der Worte sey am leichtesten zu helfen. Der oben angeführte Hotoman machte den ersten Versuch damit. Er meinte, die Worte: *cuiuscunque sexus vel aetatis sint*, gehörten zu den Worten: qui per causam belli parentibus sunt abrepti, und müßten an dieselben angeschlossen werden. Joh. Wilh. Hoffmann [24]) läßt sie auf die Worte: *an vero omnes omnino* folgen. Pothier [25]) hingegen meint, sie müßten nach den Worten: in obsidione forte, gesetzt werden. Zwischen diesen drey Emendations-Versuchen ist zwar wenig Unterschied, man kann auch nicht sagen, daß sie an sich violent wären, da hier nicht die Worte selbst, sondern nur deren Stellung geändert wird. Daß jedoch auch in der Stellung der Worte keine Aenderung gemacht werden darf, lehren die Basiliken [26]), in welchen die Worte eben so, wie in dem Just. Gesetzbuche, auf einander folgen. Hier heißt

24) Observation. variae s. Meletem. ad Pand. Diss. XXIV. §. 1.

25) Pandect. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. XXVI. not. c. pag. 129.

26) Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 1. Const. 18. pag 11.

es: Μόνοι οἱ ἐν παρατάξει πολέμου τελευτῶντες, οἵας ἂν εἶεν φύσεως καὶ ἡλικίας, συμβάλλονται τῷ πατρὶ εἰς παραίτησιν. i. e. *Hi soli, qui in acie occumbunt, cuiuscumque sexus, vel aetatis sint, patri prosunt ad excusationem.* Die ganze L. 18. aber ist, so wie sie in den Pandecten lautet, wörtlich in den **Scholien der Basiliken**[27]) übersetzt, welche ich, um sich von der Richtigkeit des Textes vollkommen zu überzeugen, hinzufügen will:

Οἱ ἐν πολέμῳ τελευτῶντες παῖδες, συμβάλλονται μὲν πρὸς ἐξκουσατίονα τοῖς πατράσιν αὐτῶν. Ἐζητήθη δὲ τίνες δοκοῦσιν ἐν πολέμῳ τελευτᾷν, πότερον οἱ ἐν παρατάξαι ἀναιρούμενοι παντες, ἢ οἱ προφάσει πολέμου ἐν ἐξπεδίτῳ τελευτῶντες· Καὶ βέλτιον ἔδοξεν ἐκ είνους μόνους συμβάλλεσθαι τοῖς πατράσι τοὺς ἐν τῆς παρατάξει τελευτῶντας, οἱας-δήποτε φύσεως καὶ ἡλικίας ὄντας· οὗτοι γὰρ ὑπὲρ τῆς πόλεως ἐτελεύτησαν.

Richtiger ist unstreitig die Erklärung derer[28]), welche sagen, **Ulpian** habe hier die Beyspiele vor Augen gehabt, welche das Alterthum von weiblicher Tapferkeit in Fällen der Noth aufzuweisen hat[29]). Dergleichen Beyspiele konn-

27) Tom. V. pag. 38. Sch. i.

28) S. *Pet. de* Toullieu Collectan. iuris civ. (a *Jo.* Wolbers edita *Groeningae* 1737. 4.) Diss. VII. §. 3. pag. 266. sq. und *Christ. Henr.* Trotz de Memoria propagata. Cap. VI. §. 9. pag. 447 — 450. Auch Hoffmann c. l. durch die Griechen widerlegt, hat nachher seine Emendation wieder verlassen, und diese richtigere Erklärung angenommen.

29) Beyspiele erzählen besonders Justinus Lib. I. Cap. 8. Lib. II. cap. 4. et 12. Lib. XXV. Cap. 4. Valerius

ten auch wohl noch aus neuerer Zeit dem Ulpian bekannt seyn; so wie denn die Geschichte aller Zeiten solche Beyspiele darstellt. Warum sollten sie also nicht noch in der Folge sich ereignen können? genug daß sie möglich sind, ohne sich gerade mit Everh. Otto [30]) solche Frauenspersonen gedenken zu dürfen, welche, sexum, virilem mentitae, mit in den Krieg gezogen sind. Da es hier nicht gerade auf den Soldatenstand ankommt; so wird auch bey Söhnen, die vor dem Feinde im Kampfe geblieben sind, nicht darauf gesehen, ob sie das dazu erforderliche Alter von siebzehn Jahren schon erreicht hatten [31]). Sie nützen dem Vater, wie Ulpian sagt, zur Excusation, *cuiuscunque aetatis* sint. Denn bis zum siebzehnten Jahre war der Kriegsdienst freywillig [32]). Bey großen Niederlagen wurden auch wohl zuweilen, wie die Geschichte lehrt, Unmündige und Greise angeworben, um die Armee zu ergänzen, wenn sie nur die Waffen zu führen im Stande waren [33]). Alles dieß wird hinläng-

Maximus Lib. III. Cap. 2. nr. 2. et in *Externis* nr. 9. und Diodorus Sicul. Lib. II. S. *Jo.* Voet lib. sing. de iure militari. Cap. II. § 17. pag. 52. (edit. Fischeri. *Francof. et Lips.* 1758. 8.) und Mornacius ad L. 18. D. de donation. inter vir. et uxor.

30) Commentar. ad Instit. Princ. h. t.

31) Lipsius de Militia Roman. Lib. I. cap. 2. Die noch nicht 17 Jahre alt waren, hießen noch pueri, und durften nicht zum Kriegsdienst genöthiget werden. Gellius *Noct. Atticar. Lib. X. Cap.* 28. Plutarch in *vita Caji Grachi.*

32) Plinius Secund. *Histor. Natur. Lib. VII. cap.* 29. S. Voet cit. lib. sing. Cap. II. §. 20.

33) Z. B. nach der Niederlage der Römer bey Kanna. S. Alexandri ab Alexandro *Genial. Dierum.* Lib. I.

lich beweisen, daß in den Worten Ulpians: *cuiuscunque sexus vel aetatis sint*, keine Ungereimtheit zu finden sey [34]). Söhne, die nicht im Kriege geblieben, sondern in feindliche Gefangenschaft gerathen, und daraus noch nicht zurückgekehrt sind, sollen dem Vater nichts helfen. So rescribiren die beyden Philippi, Augustus und Caesar, *L. 2. C. de his, qui numero liberorum excusat. meruer.* (X. 51.)

Filium ab hostibus captum, ac necdum reversum, ad excusationem munerum personalium patri proficere non posse, magis placuit.

Die von den Kaisern gebrauchten Worte: *magis placuit*, scheinen zwar anzudeuten, daß der von ihnen sanctionirte Rechtssatz vorher zweifelhaft gewesen seyn müsse. Allein er beruhet auf einem unbestrittenen Grundsatze. Denn der Sohn, welcher in feindliche Gefangenschaft gerieth, war Sclave der Feinde geworden [35]), und ward also, so lange er in der Gefangenschaft blieb, für bürgerlich todt gehalten [36]). Allein ein solcher Tod war kein rühmlicher. Denn so hoch auch die Römer den Ruhm achteten, zu siegen, oder im Kampfe für das Vaterland zu sterben; so schimpflich schien es ihnen, in feindliche

cap. 20. und *Ant.* Perez Praelection. in Cod. Lib. XII. Tit. 44. de Tyronibus. §. 1.

34) Unmündige konnten zuweilen sogar militärische Chargen bekleiden. *L. ult. Cod. de testam. militis.* (VI. 21.)

35) §. 5. *I. Quib. mod. ius patr. pot. solv.* (I. 12.) Gajus *Instit. Comment. I.* §. 129. Ulpian. *Fragm. Tit. X.* §. 4. *L.* 3. §. 1. *D. de Verb. Signif.* Seneca *Controvers. Lib. III. cap.* 19.

36) *L.* 32. *D. de div. Regg. iur.*

Gefangenschaft zu gerathen [37]. Daher nahmen sich auch die Römer ihrer gefangenen Bürger nicht an, um sie frey zu machen, damit die Bürger lernen möchten, sich mehr auf kriegerische Tapferkeit, als auf die Gnade der Feinde zu verlassen, und entweder zu siegen oder zu sterben [38].

Es geben aber dem Vater eine Befreyung von der Vormundschaft nicht nur Söhne und Töchter, sondern auch Enkel und Enkelinnen, aber nur solche nützen dem Großvater, die von einem verstorbenen Sohne abstammen, nicht Enkel und Enkelinnen von einer verstorbenen Tochter, weil diese nicht zur Familie des mütterlichen Großvaters gehören [39]. Justinian sagt *pr. I. h. t.* Item *nepotes ex filio* prosunt, ut in locum patris succedant: *ex filia* non prosunt. Lebt der Sohn noch, von dem die Enkel gezeugt sind, so helfen diese dem Großvater

37) Cicero *de Officiis Lib III. cap.* 32. Polybius *Histor. Lib VI.* Livius Lib. XXII. cap. 61. S. *Jos. Fernand. de* Retes Opusculor. Lib. VI. cap. 5. nr. 4. (in *Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 286.) Der Grund, den *Ant.* Faber in Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XXIV. Pr. I. Illat. 2. pag. 1096. anführt, „*quia bello capti possunt reverti: quo casu futurum est, ut semper in civitate fuisse videantur ex postliminii fictione, quae ideo, quamdiu captivus apud hostes vivit, omnia retinet in suspenso*" scheint nicht der wahre zu seyn.

38) *L.* 12 *pr. D. de captivis.* (XLIX. 15.) S. *Ulr.* Huberi Digressiones Justinian. P. I. Lib. III. cap. 20. §. 5. pag. 235 sq. und besonders Heineccius in Comm. ad Leg. Jul. et Pap. Poppaeam. Lib. II. cap. 8. §. 4. pag. 212.

39) *L.* 2. §. 7. *D. h. t.*

nichts. Sie nützen blos ihrem Vater, ihr Vater aber dient selbst noch dem Großvater zur Excusation, sie können also nicht zwey Vätern zugleich nützen [40]), wie der Kaiser Antoninus an den Marcellus rescribirt hat:

L. 2. C. Qui numero liberor. se excus. Neque filia amissa numero prodest ad declinanda municipalia munera, *neque nepotes numerantur, quorum pater superest:* cum *suo nomine* patri prosint.

Jedoch werden die Enkel nicht nach den Köpfen, sondern nach den Stämmen gerechnet. Sämmtliche Enkel von einem verstorbenen Sohne gelten daher nur für ein Kind. Herennius Modestinus sagt dieses in der *L. 2. §. 7. D. h. t.* ausdrücklich.

Ὅσοι δ' ἂν ὦσιν ἔγγονοι ἐξ ἑνὸς υἱοῦ, ἀντὶ ἑνὸς τέκνου ἀριθμοῦνται. i. e. *Quotcunque autem nepotes fuerint ex uno filio, pro uno filio numerantur.*

Ueberall wird jedoch vorausgesetzt, daß die Kinder schon geboren sind, und über deren Aechtheit und Legitimität kein Zweifel obwalte. Daher wird das Kind im Mutterleibe nicht gerechnet [41]). Modestinus beruft sich deshalb a. a. O. §. 6. auf die Verordnung des Kaisers Severus. Er sagt nämlich:

Ὁ δὲ ἐν τῇ γαστρὶ ὢν, εἰ καὶ ἐν πολλοῖς μέρεσιν τοῦ νόμου συγκρίνεται τοῖς ἤδη γεγενημένοις, ὅμως οὔτε ἐν τῇ παρούσῃ ζητήσει, οὔτε ἐν ταῖς λοιπαῖς πολιτικαῖς λειτουργίαις συναίρεται τῷ πατρι.

40) S. Cujacius Comm. ad L. 2. D. h. t.

41) S. *Ant.* Fabri Jurisprud. Papinian. Scient. c. I. pag. 1096.

Καὶ τοῦτο εἴρηται διατάξει τοῦ Ͽειοτατου Σεβήρου. i. e. *Qui in utero est, et si in multis iuris partibus aequiparatur iam natis, tamen neque in hac quaestione, neque in ceteris civilibus muneribus prodest patri, quod etiam* Divi Severi *constitutione cavetur.*

Es muß aber auch gewiß seyn, daß die schon gebornen Kinder dem Vater wirklich angehören [42]). Dieß ist es, wenn in der Constitution der Kaiser Severus und Antoninus, L. 1. *C. Qui numero liberor.* gesagt wird: liberorum incolumium numero, *de quorum etiam statu non ambigitur.* Dieser *status* geht hier auf die ächte und legitime Abstammung der Kinder von dem Vater, der sie für die seinigen ausgiebt. Damit nun Niemand fremde Kinder unterschieben, und solche für die seinigen ausgeben möchte, über welchen Betrug noch Kaiser Constantin der Große Klage führte, und denselben mit dem Verlust der erschlichenen vacatio personalium munerum bestrafte [43]); so verordneten die *Divi Fratres*, Marcus et Lucius Verus, daß der Vater, und zwar durch glaubwürdige schriftliche Urkunden beweisen sollte, daß die zur Excusation angegebenen Kinder wirklich seine rechtmäßigen Kinder seyen [44]). Bey den Römern mußte sich der Vater von dem praefectus aerarii

42) S. Fabri Jurispr. Papin. c. l. pag. 1096.

43) *L. un. Cod. Theod. de his, qui numero liberor. vel paupert. excusation. meruerunt.* (Lib. XII. Tit. 17.) und *Jac.* Gothofredus Comment. ad h. L. (*Cod. Theod.* Tom. IV. pag. 651. sq. edit. *Ritter.*)

44) *Fragm. Vatican.* §. 168. und *de* Buchholtz Commentar. ad h. §. pag. 141.

Saturni, oder in den Provinzen von den tabulariis, bey denen nach einer Verordnung des Kaisers Marcus Antoninus jeder Bürger seine neugebornen Kinder, und zwar binnen den nächsten dreyßig Tagen, anzeigen mußte [45]; einen Geburtsschein geben lassen [46]. Eine solche Urkunde nannte man *professio natalis* [47], Modestinus [48] nennt sie *παιδογραφία*, *natalis diei scriptura*. Heut zu Tage würde dessen Stelle der Taufschein aus den Kirchenbüchern vertreten [49]. Hieraus läßt sich zugleich erklären, warum das ungeborne Kind dem Vater zur Excusation nichts hilft [50]. Eben so wenig nützte das Privilegium, wodurch ein Römer das ius liberorum vom Princeps erhalten hatte [51], zur Befreyung von Pflichtämtern [52]. Denn dazu wurden nur wirklich geborne Kinder erfordert.

45) Julius Capitolinus in *Marco Antonino Philos.* Cap. 9.

46) S. Heineccii Comm. ad Leg. Jul. et Pap. Poppaeam. Lib. II. cap. 8. § 6. pag. 213. sq. und vergl. damit den 21. Th. dieses Commentars S. 307. ff.

47) *L.* 13. *D. de probat.* *L.* 6. *Cod. de testam.*

48) *L.* 2. §. 1. *D. h. t.* S. *Ant.* Augustinus ad h. L. Jedoch konnten auch andere Beweismittel Statt finden. *L.* 29. *D. de probat.* S. den 21. Th. dieses Commentars. S. 422—432. Tenor instrumenti male concepti that dem status liberorum keinen Eintrag, und schadete also auch wohl dem Vater nichts. *L.* 8. *D. de statu homin.*

49) S. *Just. Henn.* Boehmeri Jus eccles. Protest. Tom. I. Lib II. Tit. 22. §. 2.

50) *L.* 7. *L.* 26. *D. de statu hom.* *L.* 231. *D. de Verb. Signif.*

51) Man vergleiche Heineccii Comment. cit. Lib. II. Cap. 15. §. 8. pag. 289 sq.

52) Dieß lehren uns die *Fragm. Vaticana*, in denen wir

Bey der excusatio propter numerum liberorum kam es nun also nach dem Römischen Rechte blos auf den Wohnort des Vaters, nicht auf Civität an. Es war ein an den Wohnort nicht an die Civität geknüpftes Privilegium [53]). Auch den civis, der in der Provinz wohnte, entschuldigten daher nur fünf Kinder, so wie im Gegentheil den Provinzial, der in Rom seinen Wohnsitz hatte, drey Kinder excusirten [54]). Seitdem unter den christlichen Kaisern die kaiserliche Residenz von Rom nach Constantinopel war verlegt worden, so ging auch wohl unstreitig das privilegium trium liberorum, welches in Rom galt, auch auf diese alma urbs über [55]). Denn diesem neuen Rom, wie es genannt wird, waren alle Rechte und Prärogativen des alten Roms beygelegt worden [56]). Daher verstanden die römisch christlichen Kaiser in ihren Verordnungen immer unter dem Namen Rom sowohl die alte als neue Residenzstadt, und nennen sie utraque Roma [57]), auch vetus et nova Roma [58]), oder anti-

§. 170. lesen: *Item. Jus liberorum a principe impetratum, nec ad hanc causam nec ad munera* cetera devitanda proderit. Die drey letzteren Worte hat *de* Buchholtz ergänzt. Man sehe auch desselben Comm. ad h. §. pag. 142.

53) S. *Ev.* Otto Comment. ad pr. I. h. t. nr. 5. und Heineccius cit. Comm. Lib. II. Cap. 8. §. 3. pag. 211.

54) *L.* 2. *Cod. Th. de integr. restitut.* (II. 16.)

55) S. *Ev.* Otto Comm. ad pr. I. h. t. nr. 4.

56) *L. un. Cod. de privileg. urbis Constantinop.* (X. 39.) S. den 6. Th. dieses Commentars §. 511. Not. 68. S. 256.

57) *L. ult. Cod. In quib. caus. pignus* (VIII. 15.)

58) *L.* 5. *Cod. de operib. public.* (VIII. 12.)

qua Roma, et haec alma urbs [59]), von welcher nämlich die Verordnung ausging. Ja Kaiser Justinian sagt in seiner Constitution *Deo auctore* §. 10. *de conceptione Digestor.* ausdrücklich:

Romam autem intelligendum est non solum *veterem*, sed etiam *regiam nostram*, quae Deo propitio cum melioribus condita est auguriis.

Warum aber das Römische Recht bey dieser Excusation gerade in Rücksicht des Wohnorts einen Unterscheid gemacht habe, beruht wohl theils auf den Vorzügen, die man der kaiserlichen Residenzstadt beygelegt hatte, welche dem neuen Rom, eben so wie sie dem alten, als dem caput orbis terrarum, wie es Justinian in der Const. *Deo auctore* §. 10. nennt, zustanden, waren mitgetheilt worden, theils auf dem Unterschiede, den man in politischer Hinsicht zwischen Italien und den römischen Provinzen machte, welcher sich besonders darin äusserte, daß Italien frey war, und seine eigene Gesetze so wie seine eigene Magistratus hatte, die Provinzen aber steuerpflichtig waren, und durch Römische Statthalter regiert wurden, welches denn auch auf die Privatrechte der Einwohner nicht ohne Einfluß war [60]). Daher sagt Heineccius [61]), man habe es für billiger gehalten, den Einwohnern der Hauptstadt mehr Freyheiten zu ertheilen, als den Bewohnern Italiens, und diese wiederum mehr zu begünstigen, als die Provinzialen, d. i. diejenigen, welche in

59) *L. ult. Cod. de temporib. in integr. restitut.* (II. 53.)

60) S. Huberi Digress. Justin. P. I. Lib. III. Cap. 20. §. 3. pag. 233. sqq. und Schweppe Röm. Rechtsgesch. und Rechtsalterth. §. 143. u. §. 144.

61) Comm. cit. Lib. II. cap. 8. §. 3. pag. 211.

den Provinzen ihren Wohnsitz hatten, wenn sie auch nicht daraus gebürtig waren [62]). Hieraus erklärt sich nun auch, warum dieser Unterschied fortdauernd blieb, nachdem auch schon Antoninus Caracalla die Civität allen freyen Einwohnern des ganzen Römischen Reichs ertheilt hatte [63]).

Ob und in wiefern von dieser Excusation in Deutschland Gebrauch zu machen sey, ist unter den deutschen Rechtsgelehrten [64]) streitig, und es sind darüber zum Theil höchst seltsame und ungereimte Meinungen zum Vorschein gekommen. Höpfner [65]) hat diese Controvers ausführlich erörtert. Es ist wohl freylich nicht zu läugnen, daß sich das Römische Recht bey uns in sofern nicht anwenden läßt, als sich die Vorschrift desselben auf Localität und eheliche Fruchtbarkeit gründet. Damit ist aber nicht gesagt, daß der von der Zahl der Kinder hergenommene Entschuldigungsgrund heut zu Tage ganz unstatthaft sey. Denn dieß würde aller Praxis widersprechen. Es kommt also nur auf die Zahl der Kinder an. Hier läßt sich von den Bestimmungen des Römischen Rechts kein Gebrauch machen. Man hat also zunächst auf die besondern Gesetze

62) *L.* 190. *D. de Verb. Signif.* S. *Franc. Car.* Conradi Definitio provincialium. (in *Parergis* Lib. IV. pag. 488. sqq.)

63) S. Heineccius cit. Comm. pag. 211.

64) Vergl. *Jo. Mart.* Silberrad Diss. Numerus liberorum a tutela hodie non excusans. *Argentor.* 1746. *Christ.* Hanaccii Diss. de liberis a tutela et cura excusantibus. *Vitemb.* 1758. und *Christ. Gottl.* Einert Diss. de multitudine liberorum a tutela hodie quoque excusante. Lipsiae 1781.

65) Theor. pract. Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 240.

und Vormundschaftsordnungen eines jeden Landes Rücksicht zu nehmen [66]. Wo diese nichts bestimmen, hat man allgemein zur Regel angenommen, daß **fünf ehelich geborne, auch noch lebende, oder wenigstens im Kriege vor dem Feind gebliebene Kinder** von Uebernehmung der Vormundschaften befreyen [67]. Diese Regel ist auch in mehrere deutsche Landrechte [68] aufgenommen.

§. 1355. a.

2) Verwaltung fiskalischer Güter.

Nach einem Rescript des Kaisers **Markus** sollen 2) diejenigen, welche fiskalische Güter verwalten, so lange

66) Auch örtliches Herkommen, so wie die über diesen Gegenstand ergangenen Entscheidungen der höchsten Landesgerichte sind zu berücksichtigen. S. **Fried. von Bülow's** und **Theod. Hagemann's** pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 3. Band. 3. Erört.

67) *Jo.* Schilter Prax. iuris Rom. Exercit. XXXVII. §. 155. Lauterbach Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 5 et 6. *Aug. a* Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXXXVII. medit. 4. *Car. Christ.* Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 646. *Henr. God.* Bauer Responsor. ad quaestiones ex iure vario dubias Vol. I. Respon. 38. pag. 157. und **von Kreittmayr** Anmerkungen über den Cod. Maxim. Bavar. civ. 1. Th. 7. Kap. §. XXI. nr. 2.

68) Man vergl. z. B. das **allgem. Preuß. Landrecht.** 2. Th. Tit. 18. §. 210. und das **allgem. bürg. Gesetzbuch für Oesterreich.** 1. Th. §. 195. Die verschiedenen Bestimmungen anderer Stadt- und Landrechte führt *Christ. Jac. de* Zwierlein in citt. Observation. select. ex iure German. de excusationib. tutor. et curator. §. 6. an.

sie mit dieser Verwaltung beschäftiget sind, von Vormundschaften frey seyn. Justinian sagt §. 1. *I. h. t.*

Item Divus Marcus *in Semestribus* rescripsit eum, *qui res fisci administrat*, a tutela vel cura, *quamdiu administrat*, excusari posse.

Die Semestria des Kaisers Marcus, deren hier gedacht wird, werden auch in den Pandecten[69]) häufig angeführt. Es waren Bücher, worin die Verfügungen und Decrete des Kaisers Marcus Antoninus gesammlet und verzeichnet waren, welche er in seinen halbjährigen Sitzungen, (Consilia semestria) wo er sich den Staatsgeschäften, oder der Justizpflege in seinem Tribunal widmete, eröffnet hatte. Dieß waren die sechs Winter-Monate. Die übrigen sechs Monate im Jahre, die Sommer-Monate, wurden zu den Militärangelegenheiten verwandt[70]). Die Römischen Kaiser hatten nun die Gewohnheit, ihren Büchern, welche die von ihnen erlassenen Rescripte oder Decrete enthielten, von der Zeit ihrer Entstehung, einen besondern Titel zu geben. So erzählt uns Aelius Spartianus[71]) vom Kaiser Hadrian, er habe *libros catacrianos* geschrieben. Diesen hatte der Kaiser auf gleiche Art, wie Marcus seinen Semestribus, den Titel von der Zeit ihrer Verfertigung beygelegt, weil sie zur Zeit des Frühlings, da die Sonne in den Widder getreten[72]), geschrieben worden.

69) S. *L.* 46. *D. de pact. L. ult. D. de servis export. L.* 12. *D. de acquir. vel omitt. hered.* u. a. m.

70) S. Brissonius de Verbor. iuris Signif. voc. *Semestris. Jan. a* Costa und *Ev.* Otto in Comment. ad §. 1. l. h. t. auch Schweppe Röm. Rechtsgesch. §. 199.

71) *Vita Adriani Imp.* Cap. 15.

72) Der Name *catacrianus* kommt aus dem Griechischen her,

Vermöge des in den Semestrien des Kaisers Marcus Aurelius Antoninus enthaltenen Rescripts, sollen also diejenigen, welche die Güter des Fiscus verwalten, während sie mit dieser Verwaltung beschäftiget sind, eine Befreyung von Vormundschaften zu genießen haben. Der Ausdruck *res fisci* wird hier in der durch den Despotismus der Römischen Kaiser erweiterten Bedeutung genommen, in welcher darunter alle Güter begriffen werden, die sowohl zu dem Staatsvermögen des Kaisers, als zu seinem Privatvermögen gehörten. Was hier mit dem Namen res fisci bezeichnet wird, nennt daher Hermogenian *libro II. iuris Epitomarum* in der daraus entnommenen *L.* 41. *pr. D. h. t.* schlechtweg *rem principis*, mit welcher Benennung sonst eigentlich nur das Patrimonial- oder Privatvermögen des Monarchen bezeichnet wird. Hermogenian sagt nämlich:

Administrantes *rem Principum*, ex indulgentia eorum, licet citra codicillos, a tutela itemque cura tempore administrationis delata excusantur.

In den ersten Zeiten der Röm. Kaiser unterschied man zwar genau aerarium, fiscus, und res privata, oder ratio privata Caesaris. *Aerarium* hieß das eigentliche Staatsvermögen, der öffentliche Schatz, patrimonium *populi* publicum, die Casse des Volks, welche zur Bestreitung der regelmäßigen Staatsausgaben verwendet wurde. Das Wort *Fiscus* aber bezeichnete im eigentlichen Sinn die Casse des Kaisers, oder das Vermögen, welches der

nämlich von *κρίος*, *aries*, und *κριανὸς* oder *κατὰ κριανὸς* heißt, was zur Zeit des Frühlings, da die Sonne in den Widder getreten, entstanden ist. Spartianus c. l. nennt jedoch diese Bücher des Hadrianus **libros obscurissimos.**

Disposition des Kaisers, als Regenten, überlassen war. In diesem Fiscus flossen hauptsächlich die Einkünfte aus den kaiserlichen Provinzen. Es wurden davon vorzüglich die Kosten der Hofhaltung, und die für das Heer bestritten [73]. Der Kaiser verfügte darüber nach Willkühr. Daher sagt Ulpian *libro LXVIII. ad Edictum* [74]: RES FISCALES *quasi propriae et privatae principis sunt*, obwohl dieser Jurist in den Fragmenten [75], welche wir, ausser der Just. Compilation, von ihm haben, noch das aerarium populi und den fiscus nicht undeutlich von einander unterscheidet [76]. Von beyden wird das Patrimo-

73) PLINIUS *Panegyr.* cap. 36. SPARTIANUS in *Hadriano* cap. 7. SENECA *de Benefic.* Lib. VII. c. 6. Auch noch Callistratus schrieb ein Buch *de iure fisci* et populi, woraus die *L.* 1. *D. de bonis damnatorum* (XLVIII. 20.) genommen ist, und eben so ist in des PAULUS *Sentent. Recept. Lib. V.* der *Tit.* 12. überschrieben *de iure fisci et populi.* Man sehe *Ant.* SCHULTING ad h. Tit. in *Jurisprud. vet. Antejust.* pag. 475. und vergleiche noch besonders *Ulr.* HUBERI Digress. Justin. P. I. Lib. III. cap. 21. pag. 236. sq. Hugo Lehrb. der Gesch. des Röm. Rechts. S. 709. der 8. Aufl. und Schweppe Röm. Rechtsgesch. und Rechtsalterth. §. 215. und 220. Man sehe auch den 2. Th. dieses Commentars §. 170. S. 499. f.

74) *L.* 2. §. 4. *D. Ne quid in loco publico.* (XLIII. 8.)

75) ULPIAN. *Fragm. Tit. XXVIII.* §. 7. sagt ausdrücklich POPULO *bona* (sc. vacantia) *deferuntur ex lege Julia caducaria*, ganz mit dem übereinstimmend, was auch TACITUS *Lib. III. Annal. cap.* 25. sagt. Bey den caducis aber sagt Ulpian *Tit. XVII.* §. 2. *Hodie ex constitutione Imperatoris* ANTONINI *omnia caduca* FISCO *vindicantur.*

76) S. *Ant.* SCHULTING ad *Ulpian.* Tit. XVII. §. 2. Not. 11.

nialvermögen des Kaisers, unter den Benennungen *ratio Principis*, *ratio privata*, *res Caesaris*, *res dominica* [77]) unterschieden. Allein späterhin zog der Fiscus alles an sich, und der Unterschied zwischen *aerarium* und *fiscus* verschwand dergestalt, daß man nun diese Ausdrücke als synonym gebrauchte [78]). Auch das Patrimonialvermögen des Kaisers ward nicht mehr davon abgesondert, sondern hatte gleiche Rechte mit dem Fiscus [79]). Daher sagt Justinian *L.* 3. *Cod. de quadriennii praescript.* (VII. 37.) Quae enim differentia introducitur, *cum omnia Principis esse intelligantur*, sive *ex sua substantia*, sive *ex fiscali* fuerit aliquid alienatum?

Diejenigen Beamten, welche dazu angestellt waren, die Güter und Einkünfte des Monarchen zu verwalten, hießen *Procuratores Caesaris* [80]), und waren, theils *procu-*

(in *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 616.) Zwar will *Abr.* Wieling Lection. iuris civ. Lib. II. Cap. 32. in Zweifel ziehen, daß zu den Zeiten des Antoninus Caracalla noch ein Unterschied zwischen *aerarium* und *fiscus* Statt gefunden habe; man vergleiche aber dagegen Püttmanni Interpretation. et Observation. iuris Rom. Cap. 36. pag. 194. sq.

77) *L.* 39. § 1. *D. de legat. I.* *L.* 2. *C. de priv. fisci.* (XII. 30.) *L.* 7. *C. de edendo.* (II. 1.) et Tit. Cod. *Ne rei dominicae.* (VII. 38.)

78) *L.* 1. § 9. *D. de Leg. Corn. de falsis.* (XLVIII. 10.) *L.* 13. *pr.* *L.* 15. §. 5. *D. de iure fisci.* (XLIX. 14.) §. *ult.* *I. de usucap.* (II. 6.) S. *Jos.* Finestres *et de* Monsalvo Comment. in Hermogen. iuris Epitomar. libros, ad L. 41. D. h. t. §. 3 — 5. pag. 570. sq.

79) *L.* 6. §. 1. *D. de iure fisci.*

80) Man vergleiche vorzüglich *Gottfr.* Mascovii Exercit. de procuratore Caesaris. *Altorfi* 1724. (in *Opuscul. iu-*

ratores fisci s. redituum fiscalium, theils *procuratores rei privatae*[81]). Da sie die Rechnungen führten, so wurden sie davon auch *Rationales*[82]), und in sofern sie zur Erhebung und Verwaltung aller Einkünfte in einer Provinz bestellt waren, *Catholici*[83]) genannt, zum Unterschiede derjenigen Procuratoren, die nur für eine bestimmte Art der kaiserlichen Einkünfte, z. B. für die vicesima hereditatum oder für die caduca, bestellt waren. Unter dem Kaiser Claudius erhielten die Procuratores vermöge eines auf seinen Antrag gemachten Senatsschlusses auch eine Jurisdiction[84]), die sie aber nur in fiscalischen Sachen, jedoch mit Ausschluß des Proconsuls, ausüben konnten[85]).

An die Stelle der Procuratorum Caesaris traten unter den christlichen Kaisern die Comites, deren Constantin der Große zwey ernannte, den *Comes sacrarum largitionum*[86]), welcher auch *summae rei Pro*-

rid. et philol. a PÜTTMANNO *edit. Lipsiae* 1776. 8. Exercit. I. pag. 3—30.)

81) Procuratores rerum privatarum wurden zuerst vom Kaiser Severus eingeführt, wie *Ael.* SPARTIANUS in *Severo* Imp. cap. 12. erzählt.

82) Daher heißt es in der Ueberschrift des *Tit.* 19. *Libri I. Dig. de officio Procuratoris Caesaris vel* RATIONALIS, wo *vel* für *id est*, genommen wird, wie wir aus einer Stelle des LAMPRIDIUS in *Alexandro Severo*. cap. 45. lernen. Man sehe auch CUJACIUS in Paratitl. ad. h. Tit.

83) Dieser Name wird besonders in den Basiliken gebraucht. Die officiales procuratores Caesaris werden *Catholiciani* oder *Caesariani* genennt. *L.* 9. §. *ult. C. de bonis proscriptor.* (IX. 49.) S. *Jac.* CUJACII Commentar. ad L. 5. Cod. de iure fisci.

84) SUETONIUS in *Claudio*. cap. 12. TACITUS *Annal.* Lib. XII. cap. 60.

85) *L.* 9. *pr. D. de officio Procons.* (I. 16.) *L.* 23. §. 1. *D. de Appellat.* (XLIX. 1.) *L.* 1. *C. de iurisdict.* (III. 13.) *L.* 2. *et* 3. *C. Ubi causae fiscales.* (III. 26.) S. MASCOV Ex. cit. §. 15—18. (*Opusc.* pag. 20—23.)

86) S. Tit. Cod *de officio comitis sacrarum largitionum.* (I. 32.) CUJACIUS in Paratitl. Cod. ad h. Tit. und

curator [87]), oder *Rationalis* [88]) genennt wird, für den Fiscus, und den *Comes rerum privatarum* [89]), oder *Rationalis domus Augustae* [90]) für das kaiserliche Patrimonialvermögen [91]). Der Kaiser Constantin bestätigte auch die den fiscalischen Procuratoren vom Kr. Claudius verliehene Gerichtsbarkeit [92]).

Diese Procuratores fisci und Comites wurden nun mittelst eines Patents oder Decrets angestellet, welches dieselben vom Kaiser erhielten, und hier vom Modestinus mit dem Namen *codicilli* bezeichnet wird [93]). In den Institutionen kommen zwar §. 4. *Quib. mod. ius potest. solvitur* codicilli in dieser Bedeutung vor. Allein in den Pandecten hat, ausser Hermogenian, kein Röm. Jurist der Codicille in dieser Bedeutung gedacht, obwohl in den Römischen Classikern, so wie in dem Theodos. und Justin. Codex derselben öfters Erwähnung geschieht [94]). Wenn nun Hermogenian sagt: *licet citra codicillos*, so geht der Sinn der angeführten Worte dahin. Denen der Monarch die Verwaltung seines Vermögens übertra-

Jac. Gutherius de officiis domus Augustae. Lib. III. cap. 16.

87) *L. 3. Cod. Si propter publicas pensitationes.* (IV. 46.)

88) *Inscript. L. 7. C. Ubi causae fiscal.* (III. 26.) S. besonders Cujacius Observation. Lib. VIII. cap. 32.

89) S. Tit. Cod. *de officio comitis rerum privatarum.* (I. 33.) Cujacius in Paratitl. ad h. Tit. besonders *Guid.* Panciroli Commentar. in Notitiam dignitatum Imperii Oriental. Cap. 88 pag. 135.

90) *L. 8. C. Ubi causae fiscal.* (III. 26.)

91) S. *Jac.* Gutherius de Officiis dom. Aug. Lib. III. Cap. 18. *Aug.* Campiani de officio et potestate Magistratuum Romanor. Lib. II. Cap. 126 ad Tit. de officio Procurat. Caesaris pag. 421 sq. und Finestres *et de* Monsalvo c. l. §. 6. et 7. pag. 572.

92) *L. 5. 6. et 7. Cod. Ubi causae fiscales.* (III. 26.)

93) Von diesen codicillis honorariis hat besonders Campiani Lib. I. Cap. 36. pag. 108 sqq. gehandelt. Man sehe auch Brissonius de Verb. iur Signif. voc. *Codicilli.* nr. 4

94) S. Finestres *et de* Monsalvo Hermogenian. ad L. 41. h. t. §. 8. et 9. pag. 573.

gen hat, sind wegen dieses Amts von Vormundschaften frey, wenn sie auch noch kein Bestallungsdecret darüber erhalten haben [95]).

Ausser den für diese Excusation angeführten Stellen gehört noch besonders hierher die Constitution des Kaisers Alexander an Crispinus. Es ist die *L.* 10. *C. h. t.* folgenden Inhalts:

Exactores tributorum tanto tempore, quanto rationem tributariam tractaverint, non solum ab oneribus, sed etiam a tutelis vacationem habere, dubitare non debuisti.

Diese Excusation kommt jedoch nur denjenigen zu, welche Staatsvermögen verwalten, nicht den Verwaltern des Stadtvermögens (Rationales s. Quaestores civitatum) [96]). Eine solche Verwaltung, sagt Modestin, *Libro VI Excusationum* [97]), wird nicht einmal für eine einzige Tutel gerechnet, welche neben andern eine Excusation geben könnte. Denn bona civitatis werden nach dem Ausspruche Ulpians *libro X. ad Edictum* [98]) nur abusive *publica* genennt, sola enim ea *publica* sunt, quae populi Romani sunt. Daher werden auch, wie Modestinus in der *L.* 15. §. 10. *h. t.* weiter bemerkt, die Pächter der Städtischen Einkünfte (Ὁ τέλη μεμισθωμένος παρὰ πόλεως) nicht excusirt, während die Pächter fiscalischer Zölle nach einem Rescript der *divorum Fratrum* nicht mit Vormundschaften belästiget werden sollen. Callistratus sagt *libro I. de cognitionibus* [99]): Conductores etiam vectigalium fisci necessitate subeundorum municipalium munerum non obstringuntur: idque ita observandum *divi Fratres* rescripserunt.

95) S. Finestres c. l. §. 8. pag. 573.

96) S. *Jo. Jac.* Wissenbach Commentar. in libb. VII. prior. Cod. ad L. 10. h. t. pag. 495.

97) *L.* 15. §. 7. *D. h t.* Λογιστεία πόλεως οὐδὲ εἰς ἀριθμὸν μιᾶς ἐπιτροπῆς προχωρεῖ: i. e. *Rationes civitatis ne pro una quidem tutela prosunt.*

98) *L.* 15. *D. de Verbor. Signif.* (L. 16.)

99) *L.* 5. §. 10. *D. de iure immunitatis* (L. 6.)

Den Grund davon giebt GAJUS *lib. III. ad Edictum provinciale*[100]) an: Eum, qui vectigal populi Romani conductum habet, *publicanum* appellamus. Nam *publici* appellatio in compluribus causis ad populum Romanum respicit: *civitates enim privatorum loco habentur*.

Noch ist zu bemerken, daß Theophilus[1]) den Grund von dieser Excusation darin setzt, weil keiner von Beyden, weder der Fiscus, noch der Pupill oder Pflegbefohlne bey einem solchen Vormund hinlänglich gesichert wäre, indem das Vermögen des Vormundes sowohl dem Fiscus als dem Pupillen gesetzlich verpfändet sey. Daher sagt Callistratus, diese Excusation sey mehr zum Vortheil des Fiscus, als desjenigen eingeführt, der dadurch von der Vormundschaft befreyet wird. Ex quo principali rescripto intelligi potest, *non honori conductorum datum*, ne compellantur ad munera municipalia, *sed ne extenuentur facultates eorum*, *quae subsignatae sint fisco*. Hieraus folgt denn, daß wenn der procurator fisci, oder der conductor vectigalium fisci nachweisen kann, daß sein Vermögen für Beyde zur Sicherheit hinreiche, er, wenn er will, die Tutel übernehmen könne, wie ebenfalls Callistratus zu erkennen giebt, wenn er sagt: Unde subsisti potest, an prohibendi sint a Praeside, vel Procuratore Caesaris, etiam si ultro se offerant municipalibus muneribus? Quod proprius est defendere, nisi si paria fisco fecisse dicantur.

100) *L. 16. D. de Verbor. Signific.*

1) *Paraphr. gr. ad* §. 1. *I. h. t.* (pag. 189. Edit. *Reitz.*) Καὶ ὁ λογισμὸς δῆλος· ἀνάγκη γαρ ἡμᾶς ἢ συντρέχοντας τῷ νέῳ βλάψαι τὸν φίσκον, ἢ τὸ ἀζήμιον τῷ φίσκῳ περιποιοῦντας, τὰ τῶν νέων ἐλαττῶσαι δίκαια. i. e. *Et ratio est manifesta: necesse enim est, nos aut pupillo succurrentes laedere fiscum, aut fisco indemnitatem procurantes iura pupillorum minuere.*

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Glück, Christian Friedrich <<
von>>, / Hellfeld, Johann August,

Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein
Commentar für meine Zuhörer

Bd.: 31,1

Erlangen (1829)

J.rom.c. 137-31,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565434-5
VD18 90225406